Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

Digitized by Google

UNIVERSITÀ DI ROMA
FAC. ECONOMIA E COMM.
IST. DIRITTO PRIVATO
7.05
1

ISTITUTO DI DIRITTO PRIVATO
FACOLTÀ DI ECONOMIA E COMMERCIO
INVENTARIO N. 646
COLLOCAZIONE VII A 8

ISTITUTO DI DIRITTO PRIVATO
FACOLTÀ DI ECONOMIA E COMMERCIO
N. 643
d'inventario

ISTITUTO DI MATERIE GIURIDICHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA
COMMERCIO

Digitized by Google

Digitized by Google

VOLUME PRIMO

(PARTE GENERALE)

Digitized by Google

Digitized by Google

G. P. CHIRONI

Professore Ordinario di Diritto Civile nella R. Università di Torino

TRATTATO

DEI PRIVILEGI, DELLE IPOTECHE E DEL PEGNO

VOLUME PRIMO

(PARTE GENERALE)

TORINO
FRATELLI BOCCA EDITORI
LIBRAI DI S. M. IL RE D'ITALIA

SUCCURSALI

ROMA
Via del Corso, 216-217.

FIRENZE
Via Cerretani, 8

DEPOSITI

PALERMO
Università, 12
(N. Carusio)

MESSINA
(Daly)

CATANIA
S. Maria al Ros.o, 32
(N. Carosio)

1894

Digitized by Google

PROPRIETÀ LETTERARIA

Torino — Stabilimento tipografico VINCENZO BONA.

Digitized by Google

Gli intendimenti coi quali è condotto il presente studio, concederebbero di chiamarlo, con titolo meglio appropriato, **teoria generale del diritto di pegno.** Perchè vi è ricercato, per coordinare poi in giusta costruzione i risultati della ricerca, il concetto di garanzia reale nelle varie manifestazioni in cui si esplica: ed il rapporto fissato nelle linee generali, costituito al fine di assicurare con realità un diritto di credito, vi è significato, consentendo a ciò la tradizione, col termine ampio di **pegno.** L'esposizione s'apre con la parte generale, dov'è studiata l'entità della garanzia reale così intesa: segue la parte speciale, contenente il trattato delle forme particolari, e lo studio dell'istituto nelle leggi speciali, richiedente, per la varietà di ragioni onde queste hanno fondamento, separato discorso.

G. P. Chironi.

Digitized by Google

Digitized by Google

CORREZIONI ED AGGIUNTE

Pag. 184, n. 3. Aggiungi: « Ma la L. 30 nov. 1892 (*Ann. de Lég. fr.*, 1893, p. 191 e segg.) ha tolto la interpretazione restrittiva con le parole « *quel qu'en ait été la terminaison* » aggiunte all'art. 2101 del C. civ. (a. 12) ».

» 357, n. 5; e 361, n. 1. Aggiungi: « La disposizione dell'art. 2280 del Cod. civ. fr. (a. 709 C. civ. it.) è stata or estesa all'azione esercitata dal locatore, con la L. 11 luglio 1892 (*Ann. de Lég. fr.*, 1893, p. 110). Provvedimento assai contraddicente all'entità della difesa conceduta al locatore per la conservazione del suo privilegio ».

» 487, lin. 23-24: *formale* e *causale:* corr.: *causale* e *formale.*

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE GENERALE

SEZIONE I.

Entità giuridica della garanzia reale (pegno in genere).

CAPITOLO I.

Contenuto del pegno nel diritto odierno e nella sua storia.

Generalità.

Sommario. — **1.** Della garanzia in generale, della garanzia *personale* e della *reale* in ispecie. — **2.** Contenuto di questa: *a*) in relazione all'*obbligazione; b*) alla *esecuzione; c*) all'*alienazione* che vi è insita. Conseguenze rispetto alla *prelazione* che ne deriva. — **3.** Definizione.

1. Ad un rapporto speciale di obbligazione, qualunque sia la causa o la natura dell'atto in cui è costituito, e ancorchè sorto come termine essenziale dell'esistenza di un diritto reale (*obligatio ob rem*), si può dalla legge o dalla volontà dei privati unirne altro, che, dallo scopo di assicurarne, guarentirne l'adempimento esatto, così nella parte essenziale come negli accessorî, ha nome di rapporto di *sicurtà* (assicurazione del credito) o di *garanzia*. Il quale scopo dichiara come tra la obbligazione e la garanzia esiste un vincolo di causalità, perchè questa non si potrebbe giuridicamente intendere senza la esistenza di quella: ma la unione non rende sempre il rapporto di garanzia *accessorio* dell'altro che ne è garantito, e, serbando sempre la sua causa di esistere ed il suo carattere speciale, può essere vôlto alla sicurtà di altra obbligazione. Occorre di avvertire che, sebbene la *causa* della garanzia sia una, il *modo* di costituirla fa sì, che talvolta le si attribuisce appena la importanza di *motivo* rispetto ad atti, nei quali la *causa* giuridica si deve cercare nel concorso di altri elementi onde traggono figura speciale; e talvolta, pur mantenendo il valor suo di *causa*, il diverso modo

Digitized by Google

di essere può dare origine a negozî profondamente distinti per gli elementi speciali di ciascuno, e per il rapporto nel quale si trovano con la obbligazione garantita.

Di questi due criterî fondamentali per la ricerca e la costruzione scientifica dell'istituto, il primo contiene la distinzione di *motivo* e *causa* del negozio giuridico (1): perchè la obbligazione assicurata e la sicurtà si possono dedurre nell'atto in modo da aver figura di elementi essenziali di esso, e nel modo d'incontrarsi dànno al negozio un carattere particolare: così nella vendita col patto di riscatto la garanzia dà *motivo* all'atto, e intrecciandosi col rapporto garantito, concorre a costituire un atto bilaterale, che ha figura di vendita soggetta a condizione risolutiva. Dalla quale osservazione, si possono correttamente desumere le differenze che separano questo negozio dal rapporto speciale di garanzia, rispetto al diritto del creditore a chiedere l'adempimento della obbligazione assicurata, ed al caso fortuito che abbia fatto perire o deteriorato la cosa data in sicurtà (2); nulla rileva, se il fine della garanzia, con la forma di vendita col patto di riscatto, dà la sostanza del rapporto, perchè pure costituendone il *motivo*, rimane assorbito dalla entità giuridica che distingue il negozio. Concetto desunto dallo svolgimento della *fiducia* nel diritto romano, dall'epoca in cui appare come atto formale necessario a costituire rapporti di garanzia *cum creditore* o *cum amico*, o di godimento o custodia (*f. cum amico*), fino al momento in cui la figura della garanzia vi predomina esclusivamente (3).

Il secondo criterio è poi dedotto dal modo col quale si esplica il rapporto di garanzia, con l'*assegnare una persona*, che accetta, per l'adempimento della obbligazione, per il caso che il debitore non la eseguisca, oppure una *cosa* sulla quale, in conseguenza di tal difetto, il creditore può agire. In ambi casi, è una la ragione della garanzia:

---

(1) Sulla *causa* nel negozio giuridico in genere e nella obbligazione v. ora WENDT, *Lehrb. d. Pandekten* (Jena, 1888), §§ 39, 195; BEKKER, *System d. heutig. Pandekten* II (Weimar, 1889), §§ 100, 101. Rispetto al diritto di pegno v. DERNBURG, *D. Pfandrecht n. d. Grundsätzen d. heut. röm. Rechts* (Leipzig 1860), I, § 1 e § 2, p. 12; BREMER, *D. Pfandrecht u. Pfandsobjecte* (Leipzig 1867), *Einleit.*, pag. 1-7.

(2) V. DERNBURG, op. cit., § 2, p. cit. Cfr. VOIGT, *D. XII Tafeln: Gesch. u. Syst. C. u. Cr.* (Leipzig 1883), I, § 86.

(3) V. sulla *fiducia*, il § seguente.

Digitized by Google

ma se questa è *personale*, si ha una obbligazione nuova [quando non occorresse la figura della solidarietà passiva, sebbene poi rimanga fra debitore e fideiussore il rapporto derivante dalla sicurtà (1)]; è un altro *vincolo* che nell' interesse del creditore è quasi sostituito al primo, rimasto insoddisfatto (2). Se la garanzia è costituita su cosa determinata, questo elemento di obbligazione manca; è altro il rapporto fra il creditore e la cosa, il diritto di esecuzione a fin di ottenere sul valore che essa ha, il soddisfacimento della obbligazione che aveva per oggetto una somma, o vi è stata ridotta in seguito all'inadempimento nella forma specifica. Cosicchè, la garanzia personale induce la esistenza di altra obbligazione, cui dà causa la obbligazione principale: nella reale si ha invece la *esecuzione* di questa, ed il diritto di attuarla spetta al creditore fin dal momento in cui è costituita. Vero, è che il potere di agir sulla cosa in seguito al mancato soddisfacimento volontario della obbligazione, parrebbe effetto di un rapporto nuovo che diventa efficace in seguito a tal fatto: e però i fonti dicono *rem obligare*, onde il concetto di obbligazione della cosa [soggetto passivo (3)] posto a dichiarare il contenuto della garanzia reale. Parimenti, avvisando al tempo ed al perchè di questa efficacia, fu esteso talvolta oltre i giusti confini, quanto di comune è nella garanzia personale e nella reale, e si fece valere per quest' ultima il beneficio di escussione (4), non congiunto necessariamente alla entità giuridica della garanzia (5), la virtù della quale s'avviva unicamente per effetto del non avvenuto adempimento nei termini in cui doveva seguire. Ma, se tale istituto poteva e può ancora ammettersi rispetto alla garanzia personale, per la obbligazione distinta che in questa si contiene, non si può egualmente accogliere nella reale senza che ne venga turbata la struttura giuridica.

---

(1) C. civ., a. 1201.

(2) Sui raffronti della garanzia personale alla reale, v. DERNBURG, op. cit., § 1; v. pure JOURDAN, *L'hypothèque* (Paris 1876), *introd.* Si è detto « di *quasi sostituzione* », perchè sostituzione effettiva non v'ha; altrimenti nè il creditore potrebbe serbare l'azione contro il fideiussore, nè s'intenderebbe la surrogazione di questo nelle ragioni del creditore soddisfatto. Del che sarà discorso ampiamente studiando la surrogazione nel diritto di garanzia reale.

(3) Sul valore di questa terminologia v. il pres. capitolo, § 3.

(4) Nov. 4, c. 2.

(5) Nov. 4, c. 1.

Digitized by Google

2. La quale non risulta interamente dal concorso dei due elementi: 1) la *obbligazione assicurata*, e 2) la *esecuzione sua*. Il primo non spetta alla sola garanzia reale, che lo ha comune con la personale perchè entra nella entità del genere definito (garanzia), e determina il contenuto esatto dell'istituto, la prestazione cioè ch'era l'oggetto del rapporto cui la sicurtà è unita: sebbene nella garanzia reale si avverta *sempre* la differenza specifica della necessità di ridurre la prestazione (intera o nella parte garantita) al suo valore *pecuniario*, a differenza della personale, che, all'infuori del caso di adempimento da compiersi direttamente dall'obbligato, esige la prestazione com'è dedotta nella obbligazione assicurata. Neppure il secondo ha il carattere che occorre per dare nettamente rilievo a questa garanzia speciale; a parte il caso che sia costituita per il debito altrui, il diritto di esecuzione sui beni del debitore, qualunque sia la forma con la quale si può attuare (cessione dei beni: vendita dei beni), compete, in virtù della *obbligazione*, a qualunque creditore: e sebbene, argomentando da questo concetto, si dica che il patrimonio dell'obbligato è la comune *garanzia* dei creditori (1), questa non è la *garanzia* propria, considerata cioè come istituto giuridico speciale.

A coglierne pienamente la struttura intima, è necessario pôr mente al rapporto contenuto nella costituzione della garanzia: chi la consente fa atto di disposizione, esercitando il potere che ha sulla cosa: *aliena* non questa materialmente, ma il valore o la parte del valore rispondente all'entità della obbligazione garantita al creditore, che può valersi del diritto acquistato quando il debitore non lo rende inutile con l'adempimento; e quest'alienazione esiste talvolta senza il concorso del debitore (ipot. legale e giudiziale). Così, sotto questo aspetto la garanzia reale parrebbe specie di un istituto più ampio, la *esecuzione reale;* il creditore cui appartiene, esercita un diritto particolare a lui, e perchè l'alienazione, modificando il potere del creditore sul *valore* della cosa, e però sulla cosa stessa, la sottrae, entro i limiti in cui è contenuta, all'azione degli altri creditori, così rispetto a questi fa di necessità sorgere la figura della *prelazione*. La *esecuzione sui beni* è istituto consentito ai creditori

(1) Cod. civ. a. 1949; cod. civ. fr. a. 2043. C. civ. neerland. a. 1177; C. civ. spagn. a. 1911; C. civ. del Chili, a. 2465; C. civ. del Guatemala, a. 2384; C. civ. dell'Uruguay, a. 2325; C. civ. del Messico, a. 2054; C. civ. del Basso-Canadà (Montreal, 1889), a. 1980.

Digitized by Google

in virtù soltanto di tal qualità, mentre il creditore con garanzia reale vi procede affermando pure il suo potere derivante dall'alienazione, che fa valere coi mezzi esecutivi: e sebbene vi abbiano proceduto gli altri, esercita sempre il suo diritto sul *valore*. In quest'alienazione del valore della cosa, proporzionatamente al credito assicurato, consiste la entità della garanzia reale: e perchè la specializzazione di esso si può ottenere soltanto con la esecuzione (attuabile se il debitore non provvede estinguendo la obbligazione), la garanzia si manifesta da principio con la figura di *peso* sulla cosa.

Perciò i concetti di *obligatio* riferita (nei fonti di diritto romano e barbarico) alla *res;* e di alienazione della *cosa,* come si osserva nel primo modo di essere della garanzia, e che, malgrado l'individuarsi del rapporto in relazione al *valore* della cosa, continua con l'aggiunta d'una figura speciale, il patto commissorio. In questi risultati, si ha pure una delle ragioni per cui si distingue la garanzia *reale* da quella, data in genere, ai creditori del patrimonio del debitore (riducendosi l'analogia al mezzo di realizzare il *valore,* e cioè alla *esecuzione*): e dal diritto di semplice prelazione, il privilegio (1).

3. Raggruppando gli elementi coi quali la ricerca è stata condotta fin qui, si può definire la garanzia reale: *la esecuzione speciale* (2) *di un rapporto d'obbligazione, che si effettua col trarre il valore* (totale o parziale) *di questa dalla cosa assegnata specialmente a tal fine al creditore.*

Nella qual nozione si tien conto della obbligazione cui la garanzia si riferisce, perchè questa è modo di eseguirla: e la esecuzione, così intesa, può comprendere tutta la obbligazione o una parte di essa, perchè è esercitata su di un *valore,* e rispetto ad un *valore;* la natura della garanzia non permette di proporzionarla alla obbligazione assicurata, se questa non è ridotta in *quantità*. Si tien pur conto della *esecuzione,* perchè contenuto della garanzia è la esecuzione *speciale* della obbligazione, e questo carattere è dedotto dall'*alienazione* (in senso lato) che si manifesta con la figura di diritto sulla cosa, elemento precipuo dell'istituto. Il valore del concetto di esecuzione *speciale* ha diversa misura, secondochè la cosa sulla quale venne costituita l'alienazione del valore, spetta o no al debitore;

(1) V. su questi argomenti, il § 3 cit.; e sulla natura del privilegio, v. in seg.

(2) Con tal figura si presenta *rispetto al creditore* la *realizzazione* del rapporto di garanzia.

Digitized by Google

nella prima ipotesi la esecuzione è *specie* propria della esecuzione in genere: se poi la cosa fosse di altri, questo criterio da solo non può dare materia bastevole alla costruzione, ma spiega il diritto di procedere con la forma della esecuzione conceduta in genere sui beni del debitore (1).

Il che dipende dalla entità del diritto accordato al creditore sul valore della cosa, e perciò sulla cosa; la storia dell'istituto dimostra ch'esso è sorto quale figura *speciale* della esecuzione in genere, e da principio mal potevasi separarlo dalla obbligazione della persona cui spettava la cosa data in garanzia; ne è larga prova la *cautio praedibus praediisque*, e il tardo individuarsi della *cautio praediis* (2). In seguito, quando s'ebbe altro modo di considerare giuridicamente il vincolo obbligatorio (rapporto *patrimoniale*), e si avvertì nella sicurtà reale una forma di *garanzia*, onde la possibilità di costituirla anche per il debito altrui; quando venne fissato il contenuto principale di essa, l'*alienazione* del valore della cosa in relazione alla quantità assicurata: si venne determinando, e rilevando compiutamente, il concetto di esecuzione *speciale* dell'obbligazione garantita.

§ 1.

La garanzia reale nella sua origine, come atto di alienazione della cosa.

Sommario. — **4.** Entità giuridica di questo rapporto nel diritto antico. — **5-7.** *Res mancipi* e *nec mancipi*. — **8.** *Mancipatio fiduciaria* e *traditio*. — **9.** *Fiducia* e *pignus*. Organismo giuridico della *fiducia*. — **10.** La *praediatura*. — **11.** Diritto greco, germanico e franco.

4. La forma con la quale si presenta da prima la garanzia reale, è di alienazione della cosa con la clausola del diritto di riscattarla quando sia adempita l'obbligazione: concetto che ben rispondeva al fine economico dell'istituto, il quale, per lo stato della concezione giuridica, non poteva assumere figura più propria, determinata. Difatti, dar la cosa al creditore con l'obbligo di restituirla quando il soddisfacimento avvenuto toglie causa al rapporto di sicurtà, è il

(1) In questa ipotesi rivive il concetto della *obligatio rei:* di questo, e dell'analisi del rapporto nascente dalla costituzione d'ipoteca (o pegno) fatto pel debito altrui, si dirà lungamente nel trattato della costituzione della garanzia reale.

(2) V. sulla *praediatura*, il § 1 del pres. cap.

Digitized by Google

contenuto naturale della garanzia: e parve che questa non si potesse estrinsecare giuridicamente, se non mediante la figura dell'alienazione risolubile. Il *dare* [e questo concetto naturale si conservò più tardi nel significato giuridico della voce *dare* in materia di obbligazioni (1)], significava spogliarsi della cosa, onde la necessità di foggiare un sistema di finzioni, perchè l'atto giuridico, più esteso del negozio voluto in realtà, rispondesse allo scopo economico suo. E sebbene nel *dare* la cosa si intendesse alla garanzia della obbligazione, non si mise in rapporto il *valore* della prestazione col valore della cosa, e perciò questa per sè, non per il valor suo parve oggetto del negozio: quindi alienazione della cosa, non del valore; conseguenza dell'analisi necessariamente imperfetta, che attribuiva al diritto sulla cosa, la *cosa* stessa come suo oggetto unico e diretto. Alla qual concezione contribuirono altre due cause: la entità cioè della obbligazione, che nella sua origine consisteva strettamente nel vincolo personale, con la esclusione totale del concetto di valore, rapporto patrimoniale, cui risponde l'altro della esecuzione: e le restrizioni alla esecuzione sui beni fondati sulla natura giuridica del patrimonio, sebbene si riconoscesse al proprietario il diritto di alienarli.

Questa formazione giuridica dava all'istituto della garanzia la maggior virtù; il creditore acquistava la proprietà (risolubile) della cosa, e seguito l'inadempimento, il diritto gli apparteneva definitivamente: perciò la forma primitiva della garanzia nel diritto assiro è dato dal passaggio della cosa in proprietà del creditore, che in virtù della sua posizione giuridica ne percepisce giustamente i frutti: così avviene pure nel diritto greco, in cui la pubblicità data col sistema degli ὅροι non conferisce a spiegare la struttura giuridica dell'istituto, nè altro significato hanno la *fiducia* romana nella sua origine, e il *mortgage* nel diritto barbarico (3).

5. Il contenuto della garanzia reale, secondo il diritto odierno, deriva dal concetto che ne ebbe la dottrina romana classica: nè la forma che la rivestì nelle leggi barbariche influì sulla determinazione sua, perchè risponde, per la egual concezione dell'entità giuridica del rapporto, a quella che questa ebbe nel diritto romano

(1) L. 3, D. *de O. et A.* (XLIV, 7).
(2) Sui fonti del diritto assiro, del greco, e del barbarico, v. in seguito il § 2.
(3) V. i nn. 7 e sgg.

Digitized by Google

più antico: e poi si svolse sotto la influenza assimilatrice della teoria romana (1). Lo studio dei diversi periodi per i quali questa si venne integrando, dà ragione del considerare la garanzia reale come rapporto che ha per oggetto il *valore* della cosa, sulla quale perciò si ha diritto: e dimostra il nesso intimo tra la garanzia e la *esecuzione* della obbligazione.

Si designano generalmente la *fiducia*, il *pignus* e la *hypotheca* come i tre momenti principali dello sviluppo che la garanzia reale ebbe nel diritto romano (2): e sulla teoria nulla vi ha da osservare, purchè, a dimostrare questo svolgimento, non s'argomenti soltanto dal modo col quale il diritto del creditore potè essere esercitato, ma dalla entità dell'istituto, meglio determinantesi in seguito alle mutazioni avvenute nel concetto della *obligatio*. La qual critica e la qual costruzione presuppongono alcune notizie sullo svolgimento della proprietà romana dal tempo della legislazione decemvirale: confortate, nei punti fondamentali, dalle ricerche sul diritto germanico e sul franco.

Il concetto primitivo della proprietà, e le successive elaborazioni che lo vennero adattando alle nuove condizioni sociali e giuridiche, si connette principalmente alla distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* (3); la diversa ampiezza del contenuto del diritto, manifestantesi nella forma richiesta per trasmetterlo, o costituirvi un rapporto di godimento o di garanzia, e nella tutela istituita per proteggerlo:

---

(1) V. il § seg. Ma occorre di tener presente fin d'ora la eccezione che generalmente era fatta rispetto ai mobili, tenuti come oggetto non capace d'ipoteca. Del resto, la poca estimazione dei mobili corporali, non è istituto proprio del diritto germanico, come si vedrà in seguito, ma esiste nella distinzione di *res mancipi* e *nec mancipi;* e il principio che il possesso dei mobili ha valor di titolo, risponde nel diritto più antico alla entità della *traditio* di fronte alla *mancipatio*.

(2) V. SCHILLING, *Lehrb. f. Inst. u. Gesch. d. röm. Privatr.* (Leipz. 1834-46), § 209; PUCHTA, *Cursus d. Institut.* (ed. Krüger, Leipz. 1881) II, § 246; SINTENIS, *Hanb. d. gem. Pfandrechts* (Halle, 1836), § 25, p. 194-203. V. specialmente BACHOFEN, *D. röm. Pfandrechts* (Basel, 1847) cap. I e II; DERNBURG, op. cit., §§ 2-9, pp. 7-15; RUDORFF, *Ub. d. Pfandklagen* in *Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft*, XIII, 4. Degli studi principali su la *fiducia* e gli altri istituti speciali, si darà notizia secondo l'ordine della ricerca. Si è notato che le tre figure di pegno coesistono (JOURDAN, op. cit., c. X); ma se il concetto giuridico della garanzia è identico nelle tre forme quando coesistono, ognuna di esse è comparsa come elaborazione distinta. Sul rapporto tra la *fiducia* ed il *pignus* primitivo, v. in seg.

(3) Su questi argomenti, v. ora la monografia del BONFANTE, *Res mancipi* e *nec mancipi* (Roma, 1888-89).

Digitized by Google

le innovazioni, che, convalidate dal diritto pretorio rispetto alla *forma* di trasmissione (e, come fatto, apparse anche prima per la mutata importanza della distinzione accennata), si riflettono nella entità stessa del diritto, producendo un dualismo che finisce con la scomparsa totale della proprietà quiritaria: e quanto si riferisce alla elaborazione di questo istituto: tutto è collegato alla nozione esatta della *r. mancipi* e *n. mancipi.* Dal che s'inferisce, come non si abbiano risultati compiuti, quando si ricerca la entità della distinzione nel modo di acquisto originario delle cose che n'erano oggetto: o nella obbligazione di censirle: o nelle modificazioni avvenute rispetto all'elemento soggettivo della proprietà, che dalla comunità famigliare della *gens* o della *familia* scende poi all'individuo: o nella solennità della forma richiesta per l'alienazione (intesa nel suo più largo significato). Perchè ad ognuna di queste teorie dànno fondamento considerazioni giuste, non può una di esse prevalere sull'altra; vi è una ragione comune a tutte, nella quale consiste il criterio esatto della distinzione, ed è la diversa estimazione attribuita alle cose che vi son dedotte. Gli elementi da cui tolgono vita le teorie accennate, non si debbono dunque assumere come se costituiscano la ragione assoluta della distinzione; soltanto dichiarano la ragion vera, che deriva dalla *sostanza* delle cose, e dalla diversa importanza ch'ebbero nello svolgimento successivo delle condizioni economiche. Qual garanzia di buona costruzione dà il fondarla sull'istituto, ben costruito su dati sociologici e storici (1), della proprietà *famigliare*, quasi fosse soltanto costituita dalle *res mancipi*? Lo svolgimento della proprietà nel suo aspetto *soggettivo*, non vuol essere confuso con quello avvenuto rispetto alla sua costituzione *oggettiva*: nel primo si considera lo stato della *persona* in quanto dà capacità di avere e di esercitare pienamente questo diritto, e nell'altro la importanza dei beni; in conseguenza, può avvenire che i due svolgimenti non si corrispondano, e s'abbia il primo senza il secondo, com'è dimostrato dal fatto che la distinzione serba interamente il suo valore, quando la proprietà è diventata individuale. Parimenti, col dedurre la entità della distinzione dalla varia *forma* richiesta per l'alienazione, si ragiona esattamente solo in parte: la *forma* di alienazione non costituisce l'importanza sostanziale della cosa alienata, ma la estimazione di questa giustifica la solennità della forma: e così può av-

(1) V. ora CARLE, *Le origini del diritto romano* (Torino, 1890), nn. 23-35; 52-72.

Digitized by Google

venire che il mutato apprezzamento dei beni estenda rispetto ai meno favoriti il contenuto del diritto di proprietà, com'era riservato dapprima ad altri più stimati. Per il quale sforzo verso il pareggiamento, non sempre intero a causa della forza conservatrice che ha la tradizione, cessa o diminuisce di assai la ragion di preferenza; perciò non si estendono le vecchie forme di alienazione alle cose il di cui valore è cresciuto, ma le forme particolari a queste vengono adottate rispetto alle cose già avute in maggior considerazione, senza che le forme antiche scompaiano (1). Può avvenire che queste cose, per il carattere loro, e in conseguenza delle vicende economiche, ritornino nel grado di apprezzamento già avuto, e allora la necessità di *nuove* forme rispondenti alla mutazione del valore: *nuove*, perchè nell'intervallo le vecchie forme speciali, mal reggendo all'urto delle forme particolari alle cose salite in valore, debbono cadere in disuso; d'altronde, nella ripresa, non tutte, ma solo una parte di esse emerge con caratteri più definiti dal quasi pareggiamento avvenuto.

6. La ragion differenziale fra le *res mancipi* e le *res nec mancipi*, non va dunque cercata nei modi con cui si manifesta la varia importanza per cui le une si distinguono dalle altre: i termini di separazione dei due istituti, suppongono necessariamente la causa sostanziale cui si rannoda il valore della distinzione. La quale, pei risultati della indagine su l'entità delle cose costituenti la classe delle *res mancipi*, e dello studio comparativo dei primi istituti giuridici di altri popoli di radice ariana, pare che contenga l'altra attorno a cui principalmente si rannodano gli istituti di diritto antico sulle cose, di beni *immobili* e *mobili;* la distinzione è assai rilevante anche nel diritto odierno per la funzione economica del suolo (2), e il significato politico del territorio nazionale: ma nella società antica [come pure in tempi vicini (3)], gli immobili

(1) Ben lo dimostrano i rapporti tra la *mancipatio* e la *traditio*, tra il dominio quiritario e il dominio in *bonis*. V. specialmente JHERING, *Rechtschutz gegen injur. Rechtsverletzungen*, in *Gesammelte Aufsätze*, III (Jena, 1886), 4. BECHMANN, *D. Kauf n. gem. R.* (Erlangen, 1876) §§ 5-36. E una esposizione compiuta della dottrina, v. in BONFANTE, op. cit.

(2) Su questa distinzione tenuta come fondamentale v. ora l'art. 781 del Prog. del cod. civ. germ.; e i *Motivi del Progetto*. II, p. 36 e seg.

(3) Dal tenue valore attribuito ai mobili ripete la sua prima origine il principio dell'efficacia del possesso rispetto ai mobili corporali; Cod. civ., art. 706.

Digitized by Google

costituivano il solo fonte di ricchezza. Il giureconsulto Gaio (1) dà esatta notizia della importanza delle *res mancipi*, chiamandole *res pretiosiores:* nè rileva se al suo tempo alcune delle *res mancipi*, avessero perduto molto di pregio, perchè la distinzione s'era mantenuta *pro forma*, e con lei il suo significato originario: la ragione intima dell'istituto non era cessata interamente, e la *forma* speciale di alienazione traeva tal forza di resistenza dall' essere adoperata per costituire i principali rapporti, da far sopravvivere la distinzione alle mutate condizioni economiche e giuridiche. In questo periodo, la forma ha la ragione di essere meglio che nel valore dell'oggetto, in sè stessa: conserva per virtù propria, conferitale dalla lunghissima tradizione, la importanza che in origine le derivava dal maggior pregio attribuito a certe cose; e così la distinzione che aveva reso necessaria una forma speciale, si conserva per la sopravvivenza di questa. Anomalia cessata quando la ragion della forma venne riposta sul suo fondamento naturale, la entità cioè dell'atto, comparata alla importanza della cosa che ne è oggetto.

Le *res mancipi* comprendevano da principio le cose immobili: questo ne spiega il pregio, e la forma particolare, *mancipatio*, per costituire gli atti dei quali fossero oggetto diretto o indiretto (2). Pregio certo nei *praedia* (*italica*): e nelle *servitù rustiche*, che da principio, per lo stato imperfetto dell'analisi astratta dei concetti giuridici, non si potevano intendere come *iura* sui fondi, e perchè si riferivano a questi, contenevano un vero smembramento di proprietà: la *vindicatio* data a tutela delle servitù (3), e l'argomento che si trae dal contenuto della *fiducia* nel suo primo periodo, dimostrano come in origine la servitù rustica fosse alienazione della proprietà di parte del fondo. La necessità che indusse la consistenza giuridica delle servitù rustiche anteriormente alle urbane, l'agricoltura, fonte prima di benessere, dichiara perchè i *servi* e gli *animalia quae torso collove domantur*, fossero considerati *res mancipi:* ond'è presumibile che da principio avessero tal carattere soltanto

---

V. il n. 19. Il nuovo codice del Montenegro (1888) deduce dal concetto del grande interesse legato alla proprietà immobiliare le norme che mantengono l'istituto della *praeemptio* (art. 41 e segg.).

(1) Gai, I, 120; II, 14-17, comb. con I, 192.

(2) Sulla *fiducia c. amico contracta*, v. in seguito.

(3) V. specialmente Voigt, *Servituten und Servitutenklagen* (1874); ed ora Cuq, *Les institutions juridiques des Romains* (Paris, 1891), p. 272 e segg.

Digitized by Google

quelli che, addetti effettivamente alla coltura del fondo, costituivano quasi gli immobili per destinazione del diritto odierno: perciò la esclusione dei *greggi*, pel modo col quale era esercitata la pastorizia (nomade), e la non destinazione del gregge alla coltura del fondo. Questo criterio, per cui gli *immobili*, e gli *strumenti* di maggior pregio servienti alla coltivazione dei fondi, costituivano una categoria privilegiata di beni, perdette la importanza originaria per diverse cause; l'estensione dell'agricoltura, della pastorizia, del commercio, e la conquista dovevano porre sul mercato una quantità di animali *res mancipi*, e di schiavi, superiore a quanto fosse bisognevole per la coltura: onde la diminuzione di pregio, che spiega come prima di Varrone (1) per l'alienazione di queste cose non si ricorresse alla *mancipatio*, ma alla forma tenuta per oggetti di minor valore (*traditio*). Poi, col progresso dell'analisi giuridica, si venne determinando il concetto di *peso* sulla cosa, di servitù del fondo, e però, le servitù *urbane* non furono comprese fra le *res mancipi*, e delle servitù *rustiche* soltanto le prime quattro tipiche (2) conservarono il concetto primitivo rispetto alla *pignorabilità*, resistendo la costruzione di « *smembramento di proprietà* » alla vera natura giuridica loro: finalmente, l'ampliamento della potenza romana, l'estendersi grandissimo delle relazioni commerciali, i nuovi bisogni di agiatezza che ne seguirono, spostarono interamente l'antico criterio determinante il valor delle cose, nè gli immobili poterono più avere per sè pregio eguale a molte tra le cose mobili.

Di qui la lotta tra la forza conservatrice, che mantiene l'antica distinzione, l'importanza della quale consiste ormai, pressochè interamente, nella *forma*, e le tendenze innovatrici, che la impugnano perchè non più adatta al nuovo movimento economico: non la sostanza dà più vita alla forma, ma questa alla sostanza, e avviene che in mezzo al molteplice e perenne intrecciarsi di rapporti sociali e giuridici, l'antico istituto non si può espandere: privo intrinsecamente di valore, il rinnovamento preme da ogni lato questa concezione diventata artificiale, e la soffoca. Senonchè, nella classe delle *res mancipi*, vi erano beni che avevano pregio stabile, per sè e pel rapporto col *territorio* dello Stato: i beni immobili; il periodo di lotta fra il dominio *in bonis* ed il *quiritario*, non rappresenta sol-

(1) *De re rustica*, II, 2, 6; 9, 7. V. Cat., *De re rustica*, 146, 149.
(2) L. 11, § 3, 12. D., *De pign. et hypoth.* (xx, 1).

Digitized by Google

tanto l'urto del valore intrinseco delle cose contro la forma tradizionale di acquisto, sibbene il movimento generale economico, dal quale escono meglio definite le cose di valore intrinseco permanente; stato preparatorio nel quale la distinzione si determina con più vigore, e l'alta importanza degli *immobili* vien riconosciuta con gli ordinamenti di Costantino (1).

Nè altrimenti avvenne nell'ordinamento giuridico-sociale degli altri popoli (2), e segnatamente nel diritto germanico e nel franco: il vecchio adagio che lo riassume *res mobilis, res vilis*, nel quale par di vedere compiuto il concetto di Gaio delle *res mancipi, res pretiosiores*, dimostra quanto maggior pregio fosse dato agli immobili, e indica la origine storica di varî istituti accolti, per il concorso di altre considerazioni economiche, nel diritto odierno (3). Delle cose mobili, gli animali domiti ed il gregge ebbero singolar valore, ma non perdevano la propria qualità giuridica: perciò le norme speciali statuite nel diritto longobardo (4) sul pignoramento di questi beni.

Il pregio per il quale le *res mancipi* differivano dalle *res n. mancipi*, pregio intrinseco, non derivante da rarità di queste ultime, o dall'uso limitato di esse, si manifesta anzitutto nella forma con la quale si poteva alienarle validamente: per le *r. mancipi* la forma solenne della *mancipatio* [*mancipium:* onde *res mancipi* per dire delle cose alienabili con questa forma (5)], per le *r. n. mancipi* la *traditio*. Della quale si suol dire che abbia avuto valore giuridico posteriormente alla *mancipatio*, perchè rispetto alle *res nec mancipi* il rapporto di proprietà non era perfetto (stato di fatto non riconosciuto, guarentito dal diritto); ma questa teoria è contraddetta dallo svolgimento della *forma* di alienazione e del concetto di *proprietà*.

La tradizione è il *modo* semplice, naturale di effettuare il trasferimento della cosa, e originariamente dovette essere *contratto* e

---

(1) Fr. Vat., 35, 249. L. 25 *de donat.* C. Th. (VIII, 12); L. 25 C. *de donat.* (VIII, 54); L. 5, *sine censu*, C. Th. (XI, 3).

(2) Sulla distinzione, v. Heusler, *Institutionen d. deutsch. Privatr.* (Leipzig, 1885) I, §§ 13, 76; Stobbe, *Handbuch d. deutsch. Privatr.* (Berl., 1883-85), § 63.

(3) V. Chironi, *La validità del dono manuale* (Siena, 1885), p. 36 e seg.; e gli Aut. ivi cit.

(4) Roth., 249-252; Liutpr. 199.

(5) Gai, II, 18-22; Ulp. XIX, 3, 7.

Digitized by Google

atto nel medesimo tempo, sebbene più tardi, separati questi due momenti dall'analisi giuridica, abbia assunto *quasi* la figura di *forma* (1). La *mancipatio* dovette constare da principio degli stessi elementi della *traditio*, e forse si compieva presente la cosa di cui si trasferiva la proprietà, come si può indurre dalla forma giudiziale dell'*agere in rem sacramento* (2); ma per la *importanza della cosa*, il *contratto* avea luogo con rito speciale, e questo, la parte formale, costituì più tardi la essenza giuridica dell'atto. Cosicchè, lo svolgimento della *traditio* e della *mancipatio* seguì in modo affatto opposto: nella *mancipatio*, tolta la parte simbolica rimase il *negozio* risultante da *forma* solenne, e però questa che lo affermava: onde la disgiunzione della trasmissione del diritto da quella del possesso; nella *traditio*, l'atto del dare (*tradere*), anche separato dal contratto, mantenne per la realtà sua, la maggior efficacia. Delle due forme, la *mancipatio* fu sempre adoperata soltanto per le *res mancipi*, la *traditio* per le *res nec mancipi*: ma quando diminuì il valore di qualcuna fra le cose contenute nella prima classe, si adoperò la *traditio* qual modo di alienazione, e poi, modificate le condizioni economiche e venuto meno il valore delle *res mancipi*, ed aumentato quello delle *res nec mancipi*, il dominio *in bonis* assunse la importanza di istituto giuridico generale. Finchè la distinzione ebbe *sostanzial vigore*, non fu possibile di far servire la *mancipatio* per alienare le *res nec mancipi*, ostandovi il valor delle cose, e il contenuto della proprietà su esse; alterati questi due concetti, la *traditio*, per la virtù attribuitale (3), era modo sufficiente di acquistarne il dominio civile, cosicchè dovette parere affatto inutile il fare ricorso ad una forma complicata per ottenere l'identico effetto inerente ad un modo di trasmissione assai semplice; non è tuttavia improbabile che per cose *nec mancipi* di molto valore (4)), sia stata adoperata la *mancipatio* come forma tradizionale dell'acquisto di cose *pretiosiores*, ma unitamente alla *traditio*. Da sola non poteva produrre effetto giuridico, ripugnandovi il formalismo tradizionale, e l'integrarsi continuo della *traditio*:

(1) Cfr. PEROZZI, *Della tradizione* (Ann. dell'Univ. di Perugia, 1886, vol. II, fº I) e BONFANTE, op. cit., p. 157 e segg.

(2) GAI, IV, 16.

(3) VARRONE, loc. cit.

(4) Le perle? PLINIO, *Hist. nat.*, IX, 35, 117. Su questo passo v. ora BONFANTE, op. cit., p. 179 e segg.

Digitized by Google

il concorso di essa non era giuridicamente necessario per l'acquisto di cosa *n. mancipi*, qualunque ne fosse il valore.

Al diverso contenuto delle *res mancipi* e delle *r. nec mancipi*, dovette rispondere originariamente una speciale concezione della proprietà; si afferma che questo diritto sia stato poi esteso alle *res nec mancipi:* che originariamente il rapporto esistente tra esse e la persona fosse soltanto di fatto: che fin da principio esistesse la distinzione del dominio quiritario dal dominio *in bonis:* che rispetto alle *res nec mancipi* competesse soltanto la *condictio furtiva* (1); ma con queste teorie non è segnato compiutamente lo svolgimento dell'istituto. La distribuzione delle cose in due classi, non includeva la inesistenza della proprietà su quelle di minor valore, perchè la potestà su esse aveva sempre bisogno dell'affermazione giuridica; concetto dimostrato dalla lettera stessa della distinzione, riferentesi al modo speciale di alienazione o di acquisto (*mancipium*), non alla esistenza particolare del diritto di proprietà. Certo, pel valore attribuito alle *res nec mancipi*, la proprietà su queste non aveva egual contenuto giuridico di quelle sulle *r. mancipi:* era proprietà di minor conto, e quindi non otteneva rispetto al diritto privato come all'amministrativo (imposte) la importanza attribuita al vero dominio. Dalla quale sproporzione (che cessa gradatamente col mutare delle condizioni economiche e della conseguente istituzione di forme adatte), s'è voluto indurre che il dominio sulle *res nec mancipi* fosse il *d. in bonis;* non esattamente, perchè questa specie di dominio sorge quando, avvenuta la mutazione nel valore delle cose, si volle adoperare la *traditio* pel trasferimento di quelle considerate da principio come le sole pregievoli. Nè a rendere compiutamente la figura di questa *proprietà* di minor grado, è bastevole attribuirle, come solo mezzo di tutela, la *condictio furtiva;* la difesa contro la *ingiuria* commessa per via di furto, contiene l'affermazione dello *ius* sulle *res nec mancipi*, e non si ha argomento valido per restringerne la efficacia al solo caso di *res nec mancipi* escite dal patrimonio del proprietario, in virtù di fatto illecito non contrattuale.

L'analogia tratta dall'antico diritto germanico può facilitare la costruzione della teoria su questo argomento. La proprietà delle cose mobili non vi ha così largo contenuto come s'aveva per le immobili, nè si potevano *rivendicare* contro il terzo possessore, quando fossero

(1) V. IHERING, op. e l. cit.

Digitized by Google

escite dal patrimonio del proprietario a causa di atto da lui consentito (1): era conceduta l'azione, soltanto quando ne fossero escite per via di furto o di smarrimento. Questa prima somiglianza, mentre rafferma il concetto esposto, che la distinzione di *res mancipi* e *res nec mancipi* esprimesse quella comune a tutto il diritto antico di *cose immobili* e *c. mobili*, vale di guida nel ricercare fin dove si estendesse la proprietà delle *res nec mancipi:* e come i mobili nel diritto germanico potevano essere oggetto di negozî costituiti con la forma di contratti *fide facta* o *re praestita* (2), così le *res nec mancipi*, potevano esserlo *giuridicamente* col mezzo della *tradizione* [o della *fiducia* (3)]; senza questa costruzione, come intendere la possibilità di contrarre negozî con la *in iure cessio*, anche rispetto alle *res nec mancipi*? non vi è supposta necessariamente la potestà di agire validamente in giudizio rispetto alla cosa che è oggetto del negozio?

7. Il criterio tenuto nel determinare il valore della distinzione tra le *res mancipi* e le *res nec mancipi*, se non dà ragione dello svolgimento che il diritto di proprietà ebbe prima di diventare completamente individuale, spiega l'antagonismo nei primi due periodi fra la proprietà gentilizia o famigliare (*familia*), e la *individuale* (proprietà in grado minore). ristretta alla *pecunia* (4); del terzo dichiara alcune limitazioni, che appaiono come rudimenti degli ordini antichi. Restringendo il discorso a quest'ultimo (per la poca relazione degli altri con la materia qui studiata), la notevole somiglianza del diritto germanico e del franco agevola la ricostruzione della procedura esecutiva nel periodo anteriore alla legge Petelia (5): le leggi barbariche (6) concedono la esecuzione sulla persona e sui

---

(1) V. su questo argomento, CHIRONI, op. cit., e gli Aut. ivi cit.; ed ora la mon. di HERMANN, *Die Grundelemente d. altgermanisch. Mobiliarvindication*, in *Untersuch. z. Deutsch. St. u. Rechtsgesch.* h. v. GIERKE (Breslau, 1886).

(2) Cons. specialmente SOHM, *D. Recht d. Eheschliessung* (Weimar, 1875), p. 24 e segg.; JOBBÉ-DUVAL, *Ét. sur la revendic. d. meubl.* (Paris, 1880), p. 83 e segg.

(3) V. i nn. 8, 9.

(4) JHERING, loc. cit.

(5) GAI, IV, 21; A. GELL., N. A., XX, 1.

(6) *L. Sal.* (ed. Hessels, London, 1880) L, 1, 2. Cfr. *L. Bajuw.*, II, c. I, § 3, ed i *Cap.* 803, c. 8; 814, c. 2; 832, c. 30; 856, c. 12. V. MEIBOM, *Deutsches Pfandrecht* (Marburg, 1867), p. 37; SOHM, op. cit., Cons. BETHMANN-HOLLWEG, *D. german. roman. Civilprocess i. Mittelalter* (Bonn, 1861), I, § 70; II, § 90.

Digitized by Google

mobili, non sugli immobili, e nel diritto franco questo sistema durò immutato fino ai primi tempi della dominazione carolingia. Il concetto della obbligazione (rapporto personale), il grande valore attribuito agli immobili, e perciò i vincoli che a favore della famiglia limitavano la proprietà immobiliare, malgrado il suo carattere individuale, spiegano sufficientemente la restrizione; il proprietario è libero di vendere gli immobili, ma i creditori non possono agire esecutivamente su di essi, perchè lederebbero il diritto della *famiglia* del debitore. Questa limitazione cessa, per favorire, nell'interesse del debitore, il pagamento della *composizione* penale di omicidio (1); ma il diritto (famigliare) dei congiunti non è reso inefficace, perchè con la obbligazione al pagamento della *compositio*, è trasferito ad essi l'immobile sul quale i creditori non avevano diritto di procedere esecutivamente.

Nè diversa apparirebbe la procedura esecutiva romana: anteriormente alla legge Petelia ha comuni coi diritti germanico e franco due principii fondamentali, l'esecuzione sulla persona ed il divieto di attuarla sopra gli immobili (2) e da questa somiglianza si può inferire che i creditori avessero diritto di procedere sulle *res nec mancipi*. E si può inferirne indirettamente l'esistenza della proprietà individuale delle *res mancipi*, perchè questo diritto ha la sua pienezza nel potere di alienazione consentito al soggetto; ma il loro pregio, e le traccie del periodo anteriore (proprietà famigliare), dichiarano perchè fossero sottratte all'azione dei creditori. La restrizione è intieramente spiegata dalla corrispondenza del mutamento avvenuto nel concetto della obbligazione, che diventato *patrimoniale* da meramente personale che era, contribuì con questo suo cangiamento ad integrare la proprietà individuale, liberandola da uno degli ostacoli provenienti dalla vecchia forma della proprietà famigliare: scomparsa la figura rigida dell'antica organizzazione famigliare, gli effetti patrimoniali della nuova son ridotti a limitare la libera disposizione dei beni, e più tardi al solo istituto della quota ereditaria legittima.

8. Il dominio delle *res mancipi*, e la proprietà delle *res nec mancipi* consentono al soggetto, per loro virtù intrinseca, il potere

(1) *L. Sal.*, LVIII.
(2) V. il pres. § in pr., t. e n.

Digitized by Google

di alienarle, con la forma solenne della *mancipatio* riservata alle prime, la *traditio* adoperata per le seconde, e la *in iure cessio* valevole per entrambe; alienazione della cosa o di qualunque diritto e vantaggio le si riferisca. L'analisi del concetto di *alienazione* dimostra che può avere ad oggetto la cosa per sè, o la utilità, od una determinata utilità derivante da essa (con la figura di rapporto reale o personale), od il suo valore: a questa elaborazione astratta risponde, nei suoi risultati, il modo primitivo di concepire giuridicamente la nascita dei diritti fondati sulla cosa, o costituiti in relazione ad essa. Nel potere consentito dal proprietario sulla cosa, o nella concessione del godimento, si vidde la diminuzione del suo diritto, e perciò senza distinguere (nè la imperfetta disamina dei concetti giuridici ne dava il modo) il trasferimento della cosa, dal diritto reale costituito su essa, o dal rapporto di obbligazione stipulato in relazione ad essa, si tenne conto del fatto comune a tutti questi rapporti, e su questo si costruì la forma giuridica, adattata poi ad ognuno con diversi espedienti. Il quale fatto comune è la *dazione* della cosa; acquistar la cosa o l'utilità derivante da essa, oppure obbligarsi a custodirla, non si può senza averla: quindi il primo termine, eguale in questi rapporti giuridici, ch'è l'escire dalla cosa dal patrimonio del proprietario. Concezione giuridica che talvolta non risponde al rapporto voluto, e va al di là di esso: perciò la distinzione tra diritto reale e di obbligazione, sentita nel fatto e non côlta giuridicamente, si ottenne in effetto, con la complessità degli atti, che, restringendo la entità dell'alienazione, fa risultare il rapporto personale di godimento o della custodia della cosa, da due atti di alienazione. Il primo è compiuto dal proprietario che consegna la cosa; il secondo è la figura giuridica dell'obbligo di restituire alla scadenza. Quando poi l'alienazione concerne un diritto reale di godimento (e in questo periodo l'esempio è offerto dalla servitù prediale rustica) l'atto è uno, l'alienazione compiuta dal proprietario; e cade sempre sulla cosa.

La non corrispondenza tra il rapporto che si vuol costituire e l'analisi astratta che ne dichiara i termini e la forma giuridica propria, pone il concetto di *alienazione* a fondamento dei negozî dei quali la cosa è oggetto diretto o indiretto; la restituzione si compie con questa forma, e l'obbligazione di eseguirla assume la figura di obbligazione di *ridare* la cosa, di retroalienarla al concedente. Grave sproporzione tra lo scopo voluto dai contraenti, e il modo con cui

Digitized by Google

gli è data efficacia giuridica, che dipende dalla *obbligazione* di *ridare,* la quale, saldando i due termini dell'atto (dare, ridare = vendere, retrovendere), gli conferisce la unità che lo specializza. Questo rapporto ha nome di *fiducia,* e compie il sistema giuridico dei negozî che si riferiscono direttamente o indirettamente alle cose, in un periodo nel quale le idee astratte di diritto reale e di obbligazione, di proprietà e di possesso non erano elaborate; al concetto di *alienazione,* nel suo rigoroso significato di trasmissione della proprietà (o parte di essa: servitù reale) risponde l'*alienazione,* in senso lato, che è concessione della cosa senza intendimento di trasmettere la proprietà; alla *mancipatio* e alla *traditio* s'aggiunge la *fiducia* (1), che è termine indicante l'insieme dell'atto composto della *mancipatio* (o *traditio*) e del *pactum conventum* ove s'esprime l'obbligo della restituzione: pel modo con cui è ordinata la forma, s'intende che la *mancipatio* è base dell'atto, e perchè la concezione formale risponda alla entità del rapporto che s'ha in mente di costituire, vi è il *pactum fiduciae* che attutisce gli effetti della *mancipatio,* togliendole così il valore reale. La *fiducia* non è dunque elemento ch'entra nella *mancipatio,* ma le viene appresso (2): la dazione della cosa è il fatto che dà fondamento a concepir giuridicamente la forma, è la prima parte del negozio compiuto poi con la seconda, il *pactum fiduciae.* Non s'ha il concetto di diritto sulla cosa o rispetto ad essa, costituito indipendentemente dall'alienazione; la fiducia è obbligazione di retro-alienare, e il negozio intero toglie pure nome di *mancipatio fiduciaria:* l'atto è costituito dal *vendere* per *retro-vendere.* Quando questa elaborazione fu compiuta, si potè intendere che l'*alienazione* della cosa non è estremo della concezione giuridica del negozio: la *fiducia* fu non più la clausola (*pactum fiduciae*) che rende la *mancipatio* atto puramente fittizio, ma fu inserta nella stessa *mancipatio* per affermare che non vi è *alienazione vera* della cosa (*fidi fi-*

(1) Sulla *fiducia* in genere v. fra gli scrittori più recenti, BECHMANN, op. e loc. cit.; OERTMANN, *Die fiducia im röm. Privatrechts* (Berlin, 1890); ECK., *D. fiducia c. amico contracta,* in *Zeitschr. d. Savigny-Stiftung* (*Rom. Abth.*) X, p. 82 e segg. Quanto al materiale che la scoperta delle tavolette pompeiane dànno allo studio dell'istituto, v. SCIALOIA e ALIBRANDI, in *Bullett. dell'Istit. di dir. romano,* I, p. 5-20. ECK., in *Zeitschr.* cit. (*Röm. Abth.*) IX, 60 e segg.

(2) Cons. JHERING, *Geist d. röm.* R., (tr. cit.), II, § 86; OERTMANN, op. cit., § 12, Cfr. VOIGT, *D. XII. Taf.,* § 86; ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano* (Livorno, 1887), p. 6 e seg. V. sull'interesse della ricerca, DERNBURG, op. cit., § 2, p. 8.

Digitized by Google

duciae causa) così, alla determinazione del diritto risponde l'adattamento della forma (1).

9. Questo processo si avverte nella forma giuridica della garanzia reale, contenente la *dazione* della cosa con l'obbligo di *retrodarla* quando, con la estinzione del debito, ne sia cessata la causa; il *pactum fiduciae* aggiunto alla *mancipatio*, o alla *traditio*, dà giuridicamente gli effetti inerenti al rapporto di garanzia; cosicchè il potersi costituire il pegno di *res nec mancipi* con la *fiducia*, non ha motivo nella necessità di ricorrere alla *mancipatio fiduciaria* (od all'*in iure cessio*) perchè il rapporto voluto nasca validamente (2), ma nell'adattabilità del *pactum fiduciae* ai due atti per cui rimane effettuata l'alienazione della cosa. La *fiducia* è forma generale, e con essa si dà vita a rapporti, il contenuto dei quali è determinato nella coscienza pratica popolare (pegno, deposito, ecc.), sebbene in diritto non sia ancora specializzato; perciò è probabile che il negozio dov'era contenuto fosse distinto in fatto, e avesse quel nome speciale con cui venne poi individuato nella costruzione giuridica. Così, la garanzia reale ebbe da principio nome di *pignus:* congettura certa rispetto alla cosa *nec mancipi*, dove si argomenti dalla etimologia accolta nei digesti (3), e dalla dottrina, di cui testimonia Gaio (4), che teneva doversi *propriamente* dar *pegno* sulle cose mobili corporali (*quae manu traduntur*). La quale opinione (dove pur si badi alla scuola del giureconsulto che la rammenta, e l'accoglie) rappresenterebbe la teoria tradizionale; ma non pare fuor di luogo asserire che fin da quest'epoca la voce *pignus* avesse, almeno nel significato comune, il significato generico di *garanzia reale*, come dimostrerebbero l'aver chiamato una *legis actio* esecutiva « *a. per pignoris capionem* », e la estensione della voce *pignus* a determinare il rapporto, quando ne fu compiuta la concezione giuridica.

---

(1) Arg. dal noto testo dell'*instrument. fiduciae* in BRUNS-MOMMSEN, *Fontes jur. rom. antiq.* (Berolini, 1889), p. 251.

(2) JHERING, loc. cit.; cons. JOURDAN, op. cit., pag. 36 e segg. Cfr. HUSCHKE, *Üb. d. usureceptio fiduciae*, in *Zeitschr. f., geschichtl. Rechtswissensch.*, XIII, pag. 243.

(3) *Pignus appellatum a pugno, quia res quae pignori dantur manu traduntur.* L. 288, § 2, D. *d. V. S.* (L. 16).

(4) L. cit.

Digitized by Google

Pertanto, se la ragione del diverso valore attribuito alle ***res mancipi*** e alle ***res nec mancipi*** spiega il contrasto fra le due forme della ***mancipatio*** e della ***traditio,*** la ***fiducia*** si presenta invece come espressione giuridica di un rapporto contenente il ***dare per riavere;*** non è concetto fondato nella natura delle cose, è frutto di una imperfetta elaborazione giuridica. Ma per il nesso tra il ***pactum fiduciae,*** la ***mancipatio*** e la ***traditio,*** l'istituto generale della ***fiducia*** toglie nome rispetto alle due categorie di cose, di ***mancipatio fiduciaria*** e di ***pignus:*** e allora, per le ***res mancipi***, la ***mancipatio fiduciaria*** ha in materia di garanzia la funzione che nel trasferimento della proprietà spetta alla ***mancipatio.*** Più tardi, quando con lo specializzarsi degli altri rapporti cui originariamente si adattava, fu ristretta questa forma al solo rapporto di pegno, la ***fiducia*** segnalò la garanzia reale costituita secondo la vecchia concezione del ***dare*** con la obbligazione di ***ridare.***

10. Nè altro è, in questo periodo, il contenuto della ***cautio praedibus praediisque*** (1), nel quale istituto si è creduto di rintracciare la prima origine della ***ipoteca*** (2); certo, fra i due istituti esiste non poca attinenza, perchè in entrambi si avverte l'identico svolgimento ch'ebbe nel diritto la ***garanzia reale:*** ma questo fatto esclude che uno abbia dato causa all'altro, perchè la forma della ***cautio*** si può spiegare con considerazioni speciali, affatto indipendenti dallo sviluppo del diritto reale di pegno, il quale s'individualizza con l'apparire dell'elemento patrimoniale nella obbligazione: ora, la ***cautio praediis*** non disgiunta in origine dalla ***cautio praedibus***, prima che fosse determinato il concetto di pegno, conteneva la garanzia nella

---

(1) Sulla *cautio praedibus praediisque* v. specialmente la *Lex agraria* (a. 643) c. 20, 21, 35, 41, 51 (BRUNS-MOMMSEN, op. cit., p. 72 e seg.); *Lex Puteolana par. fac.* (in HAUBOLD, *Antiq. rom. monum., leg.:* ed. SPANGENBERG, Berol., 1830, p. 71), e la *Lex Malacitana* (BRUNS-MOMMSEN, op. cit., pag. 51 e seg., c. 60-65); CIC. in *Verr.*, a. II, I, 54. Cons. e cfr. ZIMMERMANN, *De not. et hist. caut. praed. praediisque* (Berlin, 1857); RIVIER, *Untersuchung. üb. d.* cautio praedibus praediisque (Berlin, 1857); DU-BOIS, *Ét. sur les privil. et hypoth. accord. à l'Etat, etc.* (Paris, 1883), pag. 35 e seg.; BACHOFEN, op. cit., c. IX, § 3; DERNBURG, op. cit., § 3; JOURDAN, op. cit., p. 51 e seg.; RUDORFF, *D. Achergesetz d. Spurius Thorius* in *Zeitschr.* cit., X, 121 e segg.

(2) V. DERNBURG, loc. cit.; JOURDAN, l. cit.; *adde* ASCOLI, op. cit., p. 32 e seg. RIVIER, l. cit. Cons. MOMMSEN, *Stadtr. d. latin. Gemeinden Salpensa u. Malaca* (Berl., 1853); BACHOFEN, l. cit.

Digitized by Google

forma consueta; e occorreva la presenza dei *praedes*, perchè non essendo ancora specializzato questo rapporto, non era possibile la garanzia data sui fondi proprii da una terza persona, senza la obbligazione personale sua (1). Il contenuto di questa *cautio* si adattò alle varie manifestazioni giuridiche della garanzia reale; da principio quando non si poteva costituirla senza la *fiducia*, la *cautio praedibus praediisque* ebbe il valore di questo rapporto, onde il passaggio allo Stato della proprietà dei beni dati a sicurtà (2). Non era possibile che s'avesse pei rapporti contrattuali con lo Stato una idea più compiuta della garanzia reale, in contraddizione con lo sviluppo imperfetto dell'istituto inteso nelle relazioni fra i privati; e la semplificazione della forma dipendeva necessariamente dall'intervento del magistrato, che dava per sè all'atto la pubblicità e la solennità riunite nella *mancipatio* (3). Che il contenuto fosse identico alla *fiducia*, sarebbe pur dimostrato dalla *venditio lege praediatoria*, che in origine fu probabilmente il solo mezzo esecutivo consentito allo Stato sulla *cautio*. Lo Stato cedeva al nuovo appaltatore la *proprietà* dei beni avuti mediante la *cautio*: ma tenendoli ancora come *cautio*, e perciò la possibilità che lo stesso primo appaltatore concorresse al nuovo esperimento di asta, senza costituire altra garanzia (4). Dire che lo Stato cedeva al nuovo appaltatore il diritto di credito contro l'antico, non pare costruzione accoglibile; nel rapporto s'avrebbe la cessione del credito e della garanzia reale, e su questo pegno lo Stato costituirebbe col medesimo atto il suppegno, se la *cautio* del primo appalto dovea servire pel nuovo: analisi giuridica non rispondente, per la minutezza e compiutezza sue, alla concezione generale della guarentigia reale. Soltanto col successivo perfezionamento di quest'istituto, si spiega la mutazione avvenuta nella entità del rapporto del secondo appaltatore sui *praedia* sottoposti alla *cautio* (5).

---

(1) V. in questo cap. il § *general.*.

(2) Cons. WALTHER, *Gesch. d. röm. Rechts* (Bonn, 1861), § 587; KLENZE, *Fiskal Forderungen* in *Kritische Zeitschr.*, VIII, p. 380 e seg.

(3) V. gli aut. cit. nelle n. 1 e 2 della p. prec.

(4) Su questa possibilità v. il passo cit. di CICERONE. E su di esso e sulla *vend. l. praed.*, v. gli aut. cit. nelle n. 1 e 2 della p. prec.

(5) Cons. MOMMSEN, *mon. cit.*, sulla possibilità che il debitore riavesse i fondi acquistati *lege praediatoria*. Cosicchè nella *cautio praedibus praediisque* concorrono la figura della fideiussione e della *fiducia*; e il confronto del diritto ger-

Digitized by Google

11. La costruzione giuridica della sicurtà reale ha nel diritto assiro, greco, germanico e franco, pressochè i medesimi caratteri che nel diritto romano ne determinano i diversi gradi di sviluppo. Del diritto assiro si ha sull'argomento poca notizia, e non bene sicura (1); ma i fonti conservati accertano che la cosa data in garanzia passava in proprietà del creditore, con l'obbligo di renderla quando gli venisse pagato il capitale dovuto e gli interessi: negozio identico all'antica *fiducia* romana. Se in questo diritto esistesse una distinzione analoga a quella fra le *r. mancipi* e *n. mancipi*, non si ha modo di accertare; come pure non è possibile di asserire che si conoscesse la garanzia reale qual rapporto giuridico distinto. Qualche documento (2), in cui manca la formola del dover rimanere le cose in *potere* del creditore fino alla estinzione del debito, parrebbe confortare quest'avviso; e può darsi che il diritto assiro, così progredito in molte parti (3), conoscesse quest'ultima evoluzione dell'istituto; ma il testo non contiene elementi bastevoli a decidere la questione.

Più ampia notizia si ha del diritto greco; pure, sulla testimonianza delle iscrizioni conservate (4) e di alcuni luoghi di arringhe giudiziarie (5), non si può affermare che il diritto reale di garanzia avesse ottenuto presso i Greci lo sviluppo segnalato poi nel diritto romano con la figura della *ipoteca*. La maggior parte delle iscri-

---

manico nel quale, almeno in qualche fonte, il fideiussore diventa quasi debitore principale, rafforza la costruzione proposta, e spiega la posizione principale del *praes* rispetto allo Stato creditore (V. su questo arg. gli aut. cit.; cons. SOHM, *d. Process d. L. Salica* (trad. TEVENIN), p. 146 e seg.; e in *d. R. d. Eheschliessung* cit., p. 38, t. e n.).

(1) V. LAPOUGE, *Le dossier de Bonanitun* in *Nouv. R. histor.*, X, 113, e seg. Cons. specialmente J. OPPERT, in *Zeitschr. f. Assyriologie* (Leipz., 1886) I, p. 305, 429, 431-438.

(2) V. in OPPERT il testo riportato e tradotto nella p. 429.

(3) V. LAPOUGE, l. cit.

(4) V. in *Corpus inscript. graec.*, II, p. 2, pag. 498 e segg.; DARESTE, HAUSSOLLIER, REINACH, *Recueil des inscript. juridiq. grecq.* (Paris, 1891), pag. 108 e segg.

(5) Vedi i testi in aut. cit. E sugli ὅροι e la loro importanza, v. SZANTO, *Hypothek und Scheinkauf im Griechisch. Recht*, in *Wiener Studien*, 1887, 279 e seg.; DARESTE, in *Nouv. Revue hist.*, IX, p. 1 e seg.; MARTHA, in *Bulletin de Correspond. hellén.*, I, pag. 235 e seg.; DARESTE, HAUSSOLLIER e REINACH, op. cit., p. 118 e seg. E specialmente v. sulle specie d'ipoteca, BOECKH, *Kleine Schriften*, IV, pag. 161 e seg.

Digitized by Google

zioni accenna a vendita con l'obbligazione di rivendere (1); nè dalla consuetudine di porre le stele (ὅροι) sul fondo pignorato, si può trarre un argomento decisivo (2); questo modo di dar pubblicità veniva adoperato anche nella ipotesi di sicurtà reale costituita con la vendita stipulata con patto di riscatto. Il fatto che d'ordinario vi era taciuto il nome del debitore, ma era fatta la indicazione del credito garantito, indicherebbe che il trasferimento è costituito a causa di pegno; perciò, siccome nonostante gli sia data la forma del *dare* con la obbligazione di rendere, non cessa di esser *pegno*, vi è la necessità di far conoscere quale sia il debito dal cui soddisfacimento dipende la obbligazione del creditore di *ridare* la cosa pignorata. Forse, lo sviluppo di cui questo concetto era suscettibile, indusse a conciliare la forma di costituzione del pegno col patto sottointeso che il debitore potesse ritenere la cosa a titolo di precario; così s' intenderebbe la contraria clausola espressa, contenuta in qualche iscrizione (3); ma per quanto ciò s'avvicini molto al concetto della ipoteca, non si può dire che questo vi sia interamente côlto.

I diritti germanico e franco non hanno altra concezione del pegno; nel periodo in cui paiono scevri dall'influenza della legge romana, hanno con questa molte e rilevanti analogie, che permettono di congetturare il diritto primitivo comune allo stipite dei tre popoli: è posta la differenza fra i beni immobili e mobili, e assieme all'istituto della proprietà esiste il diritto che restringe ai creditori il diritto di vendere la sostanza immobiliare del debitore. Perciò il pegno ha necessariamente la figura di trasmissione del *diritto* spettante al debitore, con la obbligazione del creditore di renderlo quando fosse compiuto il pieno soddisfacimento della obbligazione; nel frattempo, il diritto di percepire i frutti spetta al creditore, non in questa qualità, ma in virtù del potere acquistato sulla cosa (4). Il quale istituto, quando ne sono oggetto beni immobili, ha nome di *mort-*

(1) Vedi le citaz. nelle n. 4 e 5 della pag. prec.

(2) V. HERALDUS, *Observat. ad j. att. et rom.* (Parisiis, 1650), pag. 285; cfr. DARESTE, l. cit. e gli altri aut. cit.

(3) *Corp. Inscr. graec.*, II, p. 2, 1139.

(4) ROTH. 252. L. WIS., X, I, 19. E per l'ulteriore svolgimento del diritto franco v. BEAUMANOIR, *Les coutumes de Beauvoisis*, ed. Beugnot (Paris, 1847), LXVIII, 11. Cons. LOYSEL, *Institut. coutum.* (ed. DUPIN et LABOULAYE, Paris, 1846) III, 7, 1. Su questo argomento cons. BRUNNER, *Z. Rechtsgesch. d. röm. und german. Urkunde* (Berlin, 1880), pag. 193 e seg. NAEGELI, *d. German. Selbstpfändung* in *Histor. Entwickel.*, 1876; FRANKEN, *Das französ. Pfandrecht in Mit-*

Digitized by Google

gage, durato sì a lungo nel diritto anglo-sassone (1) distinto dal *vifgage*, pegno vivo, che dà diritto al creditore di percepire i frutti a titolo di pagamento. Parrebbe, per l'analogia esistente fra i due istituti, che il *vifgage* sia derivazione dell'*anticresi* romana; invece essa rappresenta lo stato di transizione tra il potere di pignorare i mobili e il diritto di obbligare gli immobili, considerandosi i frutti qual cosa mobile (2).

Ma se il concetto della sicurtà reale è individuato nella coscienza generale, la sua esistenza giuridica si manifesta col trapasso del diritto con l'obbligo di rendere; costruzione identica all'antica *fiducia* romana. E le formule più antiche (3) riferiscono, pressochè generalmente, questo modo di costituzione, modificata più tardi dalle nozioni attinte alla legge romana (4).

---

telalter (Berlin, 1879), § 6; AMIRA, *Nordgerman. Obligationenr.* (Leipz., 1882), p. 34, 361; MEIBOM, op. cit., p. 254 e seg.; KOHLER, *D. Pfandrecht. Forschungen* (Wurzburg, 1882), § 11; ALBRECHT, *D. Gewere* (Könisberg, 1828), p. 130. V. pure STOBBE, op. cit., § 106; BESELER, *Syst. d. gem. Privatr.* (Berlin, 1885), § 101; ROTH, *Syst. d. deutsch. Privatr.* (Tübing., 1886), § 235; PERTILE, *Man. di st. del dir. ital.* (Padova, 1879), II, p. 492, e seg.; SALVIOLI, *Man. di st. del dir. ital.* (Torino, 1890), p. 381, 492 e seg.

(1) GLASSON, *Les instit. pol. et jud. d'Angl.* (Paris, 1883), VI, p. 393 e seg. BOUVIER, *A Law Dictionnary* (Philad., 1832), v. *Mortgage;* HOLLAND, *Elem. of Jurisprud.* (Oxford, 1882), cap. XI, p. 171 e seg.; SWEET, *Dictionn. of English Law* (Lond., 1882), v. *Mortgage;* WARTON, *A Comment on the law of Contracts* (Philad., 1882), p. 786 e seg.; KENT, *Comment. on american Law*, IV, p. 136; ADAMS, *The doctr. of Equity. A Comment. on the Law* (Phil., 1890), cap. III, p. 110 e seg.

(2) V. gli aut. cit. nelle due n. precedenti.

(3) *Formulae Merov. et Carol. Aevi*, ed. ZEYMER, in *Monum. germ. histor.* (Hannov., 1886); *Formulae Andecavenses*, p. 17, 38; *Marc. Form.*, II, 35, p. 96; *Form. Turonenses*, p. 142, n. 13; *Cartae Senonicae*, n. 48; *Formulae Wisigothicae*, p. 591, n. 38; ROZIÈRE, *Rec. gén. d. formul.* (Paris, 1865), p. 374.

(4) Le carte che si riferiscono a costituzione di pegno e raccolte fino al XIII secolo nei *Monum. hist. patr.* (Aug. Taur., 1836-77), *Chartarum*, vol. I e II, mostrano che il concetto generalmente invalso si avvicinava a quello antico della *fiducia*, sebbene talvolta il possesso interinale del fondo rimanesse al costituente; in un documento del 1157 (II, p. 401) è detto: « *et ex nunc possessionem habeas, ex tunc vero inde possideas nomine vendicionis* ». Si può anche costrurre la teoria con la figura del pegno contenente il patto commissorio (v. p. 412, 503, 926); e in qualche documento il trapasso della proprietà è consentito purchè preceda la estimazione dello stabile: *aestimari facias* (pag. 506, atto 16 luglio 1158). In altri documenti è consentito il diritto *di vendere* (15 aprile 1187, pag. 949): « *liceat in infrascriptas res intrare, ipsas bona fide vendere usque ad infrascriptos denarios habendos* »; qui s'avrebbe il diritto sul *valore*.

Un documento dell'871 in *Cod. diplom. Cavensis* (Neàp., 1873), pag. 92, dà la figura della fiducia: « *in tua potestate habendum* ».

Digitized by Google

§ 2.

La garanzia reale come concezione giuridica determinata.

SOMMARIO. — **12.** Il diritto del creditore di agire sui beni del debitore. — **13.** Concetto della garanzia reale come rapporto giuridico distinto. — **14.** Garanzia generale: interdetto fraudatorio. — **15.** Garanzia speciale: interdetto Salviano. La *perclusio*. — **16.** Influenza sulla *fiducia*, sul *pignus*, e sulla *cautio praedibus praediisque*. — **17.** La difesa interdittale. — **18.** Svolgimento seguìto nel diritto germanico e nel franco.

12. Le variazioni seguìte nei due concetti sui quali era fondata l'antica costruzione del *pegno*, indussero il corrispondente sviluppo di questo istituto, determinandone nettamente l'oggetto, i rapporti suoi con la obbligazione assicurata, e la proprietà della cosa: specificandone cioè il contenuto. La forza che dette più impulso al movimento, è la mutazione avvenuta rispetto all'*obbligazione;* altrimenti, *dare* avrebbe sempre designato la funzione giuridica di trasmettere la proprietà, non la costituzione di un rapporto che avesse per oggetto il valore (totale o parziale) della cosa.

La obbligazione, vincolo strettamente personale col *nexum* (1) è rapporto limitante la libertà di una persona (debitore) a vantaggio di un'altra (creditore): e poichè, di regola, la volontà delle parti pone in essere cotesta relazione, e il debitore promette di eseguire la prestazione designata, la esecuzione a causa del non adempimento ebbe luogo originariamente soltanto sulla di lui persona. L'elemento personale, in conseguenza della causa onde il vincolo traeva nascita, aveva interamente sopraffatto il patrimoniale: la *volontà* era considerata rispetto alla *persona*, non all'*interesse*, e però il rigore del diritto decemvirale, del germanico e del franco avverso il debitore inadempiente. Questo concetto non poteva rispondere al *motivo* spingente a contrattare; e dall'ampliarsi dei rapporti economici, e dall'avanzare della nozione giuridica, venne rilevato l'elemento dell'*interesse*, che da considerazioni formalistiche di procedura si volle estimabile in danaro. L'analogia fra i principali termini di cui consta il rinnovamento della procedura esecutiva nel diritto romano e nel franco, consente che dalla conoscenza di

(1) V. il § 1.

Digitized by Google

quest'ultimo si possa inferire come la mutazione avvenne in quello; s'intende che il mutamento ebbe da principio importanza rispetto alle *res mancipi*, come nel franco rispetto agli immobili, perchè quanto alle *res nec mancipi*, il tenuissimo valore attribuito ad esse non spingeva ad innovazione alcuna, ed il creditore poteva impossessarsene (1); fors'anche, la entità dell'obbligazione, consentendo solo la esecuzione personale, non dava modo di porre veruna distinzione di cose, sulle quali si potesse procedere con la esecuzione reale.

La legge Petelia (2) non tolse affatto la esecuzione personale: ammettere che ne abbia ordinata l'abolizione, senza che in pari tempo fossero poste le linee principali della nuova procedura, è affermazione contraria al movimento del diritto, ed alle necessità economiche. La legge Rutilia, argomentando dal vero contenuto della obbligazione, o, come si avverte nei diritti germanico e franco, della cessazione della guarentigia legale contro il debitore contumace (3), ammise in odio di questo la esecuzione sui beni; i risultati della nuova pratica mostrarono, con l'interesse ch'è il motivo della obbligazione, la natura del rapporto giuridico, e l'esecuzione reale si potè estendere contro il debitore non contumace. Ma nel diritto romano a causa della procedura, e fors'anco del valor dei beni (*res mancipi*), e nei diritti germanico e franco a causa di questa seconda considerazione, non era possibile di procedere sui beni del debitore senza il di lui assenso (4): perciò, come in questi due ultimi diritti l'esecuzione contro la persona si mantenne allo scopo di obbligare il debitore non contumace ad acconsentire alla vendita, così si può credere che la legge Petelia restringesse il *nexum* a questo solo fine (5). Il quale riavvicinamento fra il diritto romano e l'antico di-

---

(1) Su questo argomento cons. specialmente NANI, *Studi di dir. longobardo* (Torino, 1878), II, 1.

(2) V. specialmente la testimonianza di VARRONE, *De L.*, L. VII, 105.

(3) GAI, 18, 35. Cfr. l'istituto della *missio in bannum*; v. MEIBOM, op. cit., p. 93; SIEGEL, *Gesch. d. deutsch. Gerichtsverfahrens* (Giessen), pag. 219; e i testi ivi cit.: specialmente il Capit. in *L. Ripuar.* (803), c. 7; il Capit. *De partib. Saxon.* (785), c. 27.

(4) La deduzione è tratta dalle necessità procedurali del sistema delle *Leg. actiones*, e dallo stesso significato che si dà al provvedimento del pretore Rutilio. Cfr. *Livres de jostice et de plet* (ed. RAPPETTI, Paris, 1850), III, 6, 2; *Établissements de St-Louis* (ed. VIOLLET, Paris, 1881-83), II, 22; BEAUMANOIR, op. cit., XLIII, 18, 31; LI, 7; LIV, 67, 11; cb. con XXXV, 2, e LIV, 1; V. NANI, op. c.

(5) V. n. 3. della pag. prec.

Digitized by Google

ritto germanico ed il franco, mostrerebbe nella identità dei due istituti del *nexum* e della esecuzione reale contro il contumace, le traccie di principî fondamentali comuni, che si svolsero pressochè egualmente in ognuno di essi.

13. La esecuzione reale pose il vero carattere giuridico della obbligazione: relazione patrimoniale, la di cui nascita dipende dalla volontà o dalla legge: e questa natura dell'istituto nón significa elevazione del patrimonio a persona giuridica soggetto del rapporto, ma accenna al *valore* che, in virtù della obbligazione, è dovuto al patrimonio del creditore su quello spettante al debitore (1). La qual nozione liberò pure il concetto della garanzia reale dai vincoli che ne impedivano la completa elaborazione giuridica: s'intendeva che se della cosa data in sicurtà, il creditore aveva soltanto la proprietà revocabile con l'adempimento della obbligazione, il diritto di credito era causa unica della garanzia reale. Causa, ma non misura: quindi la sproporzione negli effetti fra i due istituti, legati dal rapporto di causalità, perchè l'acquisto della *proprietà* doveva rispondere all'inadempimento della obbligazione: mancava il termine che dimostrasse come, all'infuori del carattere speciale delle due relazioni, vi fosse eguaglianza nell'oggetto. Ma quando l'obbligazione ebbe il carattere di valore patrimoniale, il rapporto fra i due istituti fu determinato nettamente, e il concetto di garanzia si separò affatto dalla proprietà: il pegno, cautela dell'adempimento della obbligazione, doveva attribuire al creditore il diritto al valor della cosa rispondente al valore della obbligazione assicurata. Così s'intese giuridicamente perchè soddisfatto il *debito*, fosse risoluta la proprietà derivante dalla garanzia reale: non la cosa per sè, ma per il *valore* che vi è contenuto, è oggetto del potere spettante al creditore pignoratizio, e la vendita è il solo mezzo col quale, ridotta la cosa in valore numerato, si ottiene lo scopo della sicurtà. Questo concetto ebbero forse in mente i giureconsulti, nel dire il pegno *obligatio rei* (2); il creditore ha diritto sulla cosa per un valore eguale a quello che ha l'obbliga-

(1) La relazione *patrimoniale* così intesa è soltanto un elemento della obbligazione.

(2) Figura che propriamente si riscontra nel *pegno* costituito per garantire il debito altrui; in questo rapporto (v. il cap. I, *general.*) è notevolissimo l'elemento della *garanzia*, ristretta soltanto a quella determinata cosa che il terzo assegna per il fine della sicurtà.

Digitized by Google

zione garantita; di qui la nuova elaborazione del pegno, diritto reale con oggetto determinato.

Al quale risultato dovette contribuire non poco la perfezione data al concetto di servitù, confuso da principio con la proprietà: in ambi istituti si avvertì l'identico contenuto generale, l'*onere* sulla cosa, oggetto di un rapporto giuridico speciale, che, modificando l'estensione dei diritti inerenti al *dominio*, coesiste con questo, nè senza di esso potrebbe esistere (1). Teoricamente, si potrebbe congetturare che, ammessa la costruzione del pegno come diritto specializzato sul valore della cosa pignorata, dovette riescire subito indifferente l'avere o no il possesso della cosa, e però la nascita contemporanea del pegno propriamente detto e della ipoteca: ma questo sarebbe affermazione contraria allo svolgimento dell'istituto. Non si poteva togliere d'un tratto le vecchie forme, e solo vi si adattò il nuovo contenuto del rapporto: la *dazione* della cosa non designò più il trasferimento della proprietà, ma la consegna della cosa in quanto necessaria per esercitare il (possesso) diritto di pegno: nella *fiducia* è sensibile il dissidio fra il nuovo concetto e la forma antica. E come per la servitù, anche dopo la specializzazione del suo contenuto, si mantenne lungo tempo (2) la *vindicatio servitutis* a tutela del diritto reale, così per il pegno si ebbe forse una *vind. pignoris*, sebbene il diritto del creditore non contenesse più la proprietà della cosa (3). Periodo di transizione, nel quale, malgrado la trasformazione avvenuta nel contenuto dell'atto, le vecchie forme non scompaiono, e vi s'adattano.

14. L'elemento della relazione patrimoniale insito nel vincolo obbligatorio, non influì soltanto sulla migliore determinazione del diritto di pegno; ma per il nesso intimo fra questo e la obbligazione garantita, contribuì efficacemente ad elaborare il rapporto fra il concetto di garanzia ed il patrimonio del debitore. Perchè, se l'obbligazione è valore dovuto al patrimonio del creditore (eccezione fatta pei vincoli *puramente personali*), e della prestazione è *garante* il patrimonio del debitore, sul quale il creditore ha, per ottenerla,

(1) Su questa costruzione, sul rapporto del dominio con l'onere reale, v. da ultimo Chironi, *Istituz. di D. C.*, I, n. 161.

(2) V. Voigt, l. cit.

(3) V. Löhr, *Ein. Bem. ü. d. Pfandkl.*, in *Mag. f. R.*, III, 129 e segg.; Du Roi in *Arch. f. d. Civ. P.*, VI, 399 e segg.

Digitized by Google

diritto di agire con la vendita: è evidente la conseguenza che il patrimonio del debitore *garantisce* al creditore il soddisfacimento della obbligazione (*garanzia impropria*).

Così si estende il concetto della garanzia, perchè in questa sicurtà generale offerta dal patrimonio del debitore non s'hanno i caratteri che designano la garanzia reale; e bene avvisò il diritto pretorio sorreggendo questa sicurtà, per sè non valevole, con l'elemento della *frode:* onde l'interdetto *fraudatorio*, accordato ai creditori avverso gli atti di alienazione compiuti dal debitore in frode ai loro diritti. L'estremo della *frode* avviva giuridicamente la *garanzia* che ha la sua ragion di esistere nella obbligazione: nel patrimonio del debitore si contiene, a causa di questo vincolo, il *valore* cui il creditore ha diritto.

Il rapporto fra obbligazione e patrimonio; la entità del pegno; la necessità, pel sistema delle *legis actiones*, che il debitore acconsentisse alla vendita dei beni, contenevano i germi di nuove mutazioni, non della sostanza, ma della forma di costituzione del pegno. Se la *vendita* dei beni, come esercizio della *garanzia*, si poteva effettuare assentendovi il debitore in giudizio, perchè non doveva costituire egualmente un diritto del creditore, quando il debitore vi avesse acconsentito estragiudizialmente, ed anche contemporaneamente al nascere della obbligazione? Alla quale accedeva così specializzata quella garanzia generale dovuta dal patrimonio: probabilmente nel periodo originario di questa pratica, il consenso dato anteriormente non ebbe altro effetto oltre quello di concedere ai creditori il diritto di vendere. Con maggior efficacia, sebbene con eguale ragionamento giuridico, si dovette accogliere il concetto della *designazione speciale della garanzia* sopra beni singoli compresi nel patrimonio: il valore ch'è oggetto del diritto reale di pegno, è ristretto soltanto a cose determinate, e questa specializzazione dà una posizione eccezionale al creditore guarentito: la garanzia vi è meglio affermata, contiene l'alienazione del valore della cosa in proporzione al valore della obbligazione, ed il pegno acquista i caratteri di diritto reale e di prelazione. Nell'ipotesi esaminata di consenso prestato alla vendita, il creditore non acquista un diritto maggiore di quello che altrimenti avrebbe; in questa si fa invece sorgere un rapporto distinto.

Con questo mutamento, il pegno s'avvicina alla perfezione: la consegna della cosa non è più elemento essenziale a costituirlo, sebbene

Digitized by Google

più tardi, argomentando non dalla entità giuridica dell'istituto, ma dalla natura delle cose, siasi notata la opportunità (1), e poi la necessità (2) della consegna per la costituzione di pegno sui mobili. Nè si deve credere, che la concezione teorica descritta ottenesse da principio la espansione di cui era capace: i bisogni dell' agricoltura indussero dapprima il riconoscimento giuridico delle servitù rustiche (3), e così essa ebbe valore pratico nelle locazioni di fondi rustici, pel fine di conciliare la garanzia del proprietario con la utilità dell'affittuario: gli stromenti di coltura che questi avesse introdotto nel fondo, e sottoposto a pegno, erano assoggettati alla garanzia speciale del locatore, pure rimanendo in possesso del conduttore. La prima forma con cui questo istituto apparisce nei fonti, accusa molta incertezza nell'applicazione del nuovo criterio: vi è un elemento che lo rannoda alla vecchia concezione del pegno, e cioè il fatto della introduzione degli stromenti nel fondo locato, sebbene i fonti insegnino non dipenderne l' acquisto del *possesso* al locatore (4); e d'altra parte, la figura della garanzia, come *diritto reale*, non è interamente rilevata, e rimane pressochè confusa nel concetto di designazione speciale di certi beni a sicurtà di una determinata obbligazione. È questo l'aspetto più saliente del nuovo istituto, che pone il creditore rispetto ai beni singoli offerti in garanzia, nella posizione in cui tutti i creditori si trovano rispetto al patrimonio: e la tutela accordatagli si risente di quest' analogia, a segno che il suo scopo è ricostituire la garanzia nello stato in cui si sarebbe trovata senza l'atto che ne produsse la diminuzione. Perciò l'interdetto speciale, il Salviano ha necessariamente assai rassomiglianza col *fraudatorio* (5): ma, a differenza di quanto avviene nella ga-

(1) Arg. L. 288, § 2. D. *de V. S.* cit.

(2) Per differenziare specificatamente il pegno dalla ipoteca. Arg. L. D. *de V. S.* cit. V. la *Glossa* su questa legge; e NEGUSANT., *Tractatus de pignor. et hypoth.* (Lugduni, 1562), p. I, 1, § 1.

(3) V. da ultimo SCIALOJA, in *Atti della R. Accad. d. scienze di Tor.*, XXV, ad. 15 giugno 1890.

(4) L. I D., *De Salv. int.* (XLIII, 32). V. SINTENIS, op. cit., p. 580 e segg.; BACHOFEN, op. cit., p. 12; DERNBURG, op. cit., II, § 5; RUDORFF, op. cit., p. 210 e seg.; LENEL, *D. Edict. perpet.* (Leipz., 1884), § 266.

(5) Cons. specialmente FRANCKE, *V. d. Fruchten d. Pfandes (Arch. f. Civitist. Praxis*, XXX, 176); ma altro è il concetto sul quale costruisce; egli argomenta dal fine delle due difese, e qui dalla relazione *patrimoniale* contenuta nella obbligazione.

Digitized by Google

ranzia generale data ai creditori dal patrimonio del debitore, la designazione speciale, resa notoria dal fatto dell'introdurre nel fondo gli stromenti di coltura, costituisce il diritto *reale* di garanzia. Onde la maggiore ampiezza del suo contenuto.

Della estensione di questa tutela ad altri casi, non s'ha testimonianza nei fonti, nè d'altronde era possibile: il concetto del diritto reale di garanzia non vi è così determinato, da costituire nello sviluppo che doveva avere, una fase durevole di perfezionamento: il quale raggiunto con la Serviana, ha con la *q. Serviana* la generalizzazione di cui era suscettibile. Nell'interdetto Salviano, si ha meglio che l'affermazione del diritto reale, un rimedio *conservativo* della garanzia costituita con la designazione speciale di alcuni beni a sicurtà di un'obbligazione; di qui l'onere della prova ristretto a dimostrare la esistenza della obbligazione, e il fatto della designazione dei beni con la seguitane introduzione nel fondo rustico locato. I beni, designati *specialmente* da principio, furono più tardi pel determinarsi della garanzia reale generale, o per l'uso, indicati assieme con la locuzione *invecta et illata:* ma non si può credere che il pegno costituito in tal modo avesse natura ed efficacia di pegno generale, e consentisse perciò l'applicazione delle norme relative alla esclusione di alcuni oggetti, che da tal pegno s'intendevano tacitamente esclusi (1): la locuzione, sebbene generale, si riferisce ad una parte speciale del patrimonio (2). Nella designazione così fatta, si rivela la esistenza, non ancora sviluppata compiutamente, del diritto reale di garanzia; e questo elemento spiega la possibilità di agire col Salviano contro i terzi (3).

All'interdetto Salviano vien ravvicinato l'istituto della *perclusio,* difesa consentita al locatore di fondi urbani per proteggere il pegno a lui spettante, a garanzia della pigione, sui mobili introdottivi dall'inquilino: s'avverte pur qui la costituzione (convenzionale prima, e tacita in seguito) sulle *invecta et illata:* ma il contenuto della difesa è assai diverso, per la diversa natura dei fondi (4). Perchè il

(1) L. 6, 7, 8. D. *de pignor.* (XX, 1); PAUL., *R. S.*, V, 6, 15.

(2) Cfr. ASCOLI, op. cit., cap. VI.

(3) Arg. L. I. D. *de Salv. int.* (XLIII, 33); L. I. C. *De prec. et salv. int.* (VIII, 9). Cons. NEGUSANTIUS, op. cit., p. IV, 2, 132; BACHOVIUS, op. cit., III, 20; GESTERDING, op. cit., § 51; SINTENIS, op. cit., § 60; BACHOFEN, op. cit., p. 14 e segg.; DERNBURG, op. cit., § cit.; JOURDAN, op. cit., c. XIII; v. specialmente ZIMMERN, *Beitr. z. h. v. Pfandrecht* in *Zeitschr. f. Civilr. u. Process,* I, p. 47 e seg.; n. 5 (p. 54 e seg.).

(4) COLUM., *De re rust.*, I, 7.

Digitized by Google

locatore col poter facilmente chiudere la cosa locata, tutela con la *perclusio* il suo diritto avverso agli atti del debitore, il quale, contrariamente alla volontà del creditore, volesse sottrarre cose sottoposte alla garanzia. Se questa è la entità del diritto conceduto al locatore, e se vi corrisponde giustamente il modo col quale è regolato l'interdetto *de migrando* (1), non si può affermare correttamente che il locatore non è difeso nell'intervallo contro la violazione del diritto di pegno (2); perchè, prima che arrivi la scadenza, si sta maturando il debito che sarà esigibile allora.

15. Così, alla nuova concezione del pegno dette movimento lo sviluppo seguìto nella teoria dell'obbligazione, cui la garanzia reale si connette; i fonti confortano questa congettura: in alcuni il Salviano è ricordato assieme ad altri interdetti attinenti alla esecuzione reale (3), in altri poi (4) la trattazione doveva esserne fatta assieme a quella del *fraudatorio*, e questo spiegherebbe come nel passo delle Istituzioni (5) relativo alla Serviana, si dica pure della Pauliana. La costruzione proposta, dà ragione del carattere dell'interdetto, che è *adipiscendae possessionis* (6): mostra come vi sia qualcosa di vero nelle teorie che fanno dipendere la creazione di questa difesa dal bisogno di sanare il difetto del possesso quale si ha nel *pegno manuale* (7), oppure costruiscono congetturando l'esi-

---

(1) L. 1, D. *De migr.* (XLIII, 32).

(2) Cons. JOURDAN, op. cit., cap. XII. Cfr. ASCOLI, op. cit., cap. VII, e p. 153, in f.: sebbene quest'ultimo intenda come il JOURDAN, la relazione che è tra l'istituto della *perclusio* ed il *Salviano*. L'istituto della *perclusio*, è forse nella sua origine un istituto di pignoramento privato? Parrebbe questa la costruzione più conforme ai fonti, e dimostrerebbe, perchè in principio almeno, il locatore potesse valersene soltanto a scadenza venuta; e si dovrebbe inferirne, che l'istituto non ebbe in origine verun rapporto con la *costituzione* di pegno sulle *invecta et illata*, come avvenne in seguito, probabilmente dopo quanto si costumava pei fondi rustici. Cfr. nel *Livre de jostice et de plet* (IX, 4, 1, e 9, 1) quant'è detto sul pignoramento privato: *de prandre gage sans jostice;* BEAUMANOIR, op. cit., XXXIV, 16; e sul diritto più antico dal quale è derivato questo istituto, v. le ricerche del NANI, op. cit. e loc. cit.

(3) GAI, IV, 145-147. L. 2, § 3, D. *de interd.* (XVIII, 1).

(4) Cfr. RUDORFF, *Ed. perp.*, loc. cit.; LENEL, op. cit., § cit.

(5) §§ 6, 7 *I. de act.* (IV, 6).

(6) GAI, IV, 147; § 3 *I. de interd.* (IV, 15).

(7) V. HUSCHKE, *Stud. d. röm. R.* (Breslau, 1830), I, 4, pag. 397 e segg.; BACHOFEN, op. cit., p. 10 e seg.

Digitized by Google

stenza di un'obbligazione personale del colono, di non opporsi alla presa di possesso da parte del creditore (1); e spiega la differenza fra il *pignus depositum* ed il *pignus oppositum* di cui s'ha traccia in qualche luogo plautino, ond'ebbe fondamento qualche teoria non compiuta esattamente (2).

L'interdetto Salviano non fu esteso, e di estensione non era suscettibile; il concetto di diritto reale di garanzia quale istituto individuato vi esiste, ma non bene distinto. È distinto con l'azione Serviana (3) che diventa poi azione ipotecaria con la quasi Serviana: se, malgrado quest'ultimo perfezionamento, il Salviano non scomparisce, lo si deve alla figura confusa con cui vi appariva il diritto reale, e che gli dava rimpetto alla Serviana un carattere distinto, riflettentesi nella facilitazione della prova (4). Nè si deve dimenticare che il favore verso l'agricoltura dovette contribuire fortemente alla conservazione di questo vantaggio dell'interdetto.

16. La integrazione che si veniva compiendo nella entità del pegno, come diritto *reale* di garanzia, operò necessariamente la trasformazione degli istituti per mezzo dei quali si effettuava la sua funzione economica. Nella *fiducia*, ristretta col tempo a designare soltanto la figura del pegno costituito con la *mancipatio fiduciaria* (5), il mutamento comincia con la *usureceptio* (6), autorizzante il debitore a usucapire col possesso annuale la cosa data in fiducia, anche se fosse escita per via di furto dal patrimonio del creditore; con la *mancipatio fiduciaria* era grave la sproporzione tra l'atto al quale le parti intendevano, e la forma giuridica contenente il trasferimento di proprietà, e la *usureceptio* moderava tale squilibrio; se il creditore entro l'anno non reclamava, era giusto presumere che

---

(1) V. Brinz, op. cit., 351; Jourdan, op. cit., p. 94 e seg.

(2) Rudorff, op. cit., p. 202 e seg.; Jourdan, l. cit.; Dernburg, op. cit., § cit. V. Costa, *Il dir. priv. rom. nelle Comm. di Plauto* (Torino, 1890), § 60, p. 264.

(3) V. Sintenis, op. cit., § 59; v. pure § 60, p. 586; Bachofen, op. cit., c. II; Dernburg, op. cit. §§ 5-7; Jourdan, op. cit., c. XIV; Rudorff, *Ed. perp.*, § 272; Leenl., *d. Ed. perp.*, § 267.

(4) L. 15, § 1. D. *de pign.* (XX, 1); L. 23, D. *de probat.* (XXII, 3). V. Huschke, op. cit., p. 337 e seg.; e Aut. cit. nella n. prec.

(5) V. Oertmann, op. cit., loc. cit.

(6) Gai, III, 200, 201; cfr. II, 61; Pauli, *R. S.*, II, 31, 19. Cfr. Huschke, *Über d. usureceptio* in *Zeitschr.* cit. p. 230 e seg.; 271 e seg. Dernburg, op. cit., § 3; e specialmente Eck, monogr. cit. in *Zeitschr.* cit.

Digitized by Google

il credito fosse stato estinto. Quando la determinazione del diritto reale di garanzia s'accentuò maggiormente, la *fiducia* non fu più costituita da un patto aggiunto, ma incastrata, a dir così, nel *dare*, diventò causa dell'atto (*fidi fiduciae causa* [1]): il creditore fiduciario è considerato come creditore pignoratizio, e rispetto alla cosa ha i poteri derivanti dal diritto reale di pegno; non soddisfatto il credito, deve instare perchè sia venduta, e, dedotta dal valore ricavato la parte che gli spetta, deve rendere il di più al debitore od agli eredi (2). Nè la forma speciale dell'atto, bastò poi a sottrarlo al divieto del patto commissorio (3).

Eguale cangiamento avvenne nel *pignus;* il quale, in origine, per la concezione della garanzia reale, non poteva, in antagonismo alla fiducia, contenere soltanto l'acquisto del possesso: il possesso della cosa pignorata qual mezzo di esercizio del diritto reale di garanzia, cadente non sulla cosa *per sè,* ma sul *valore* di essa, è costruzione escita dalla nuova analisi giuridica. Cui s'adattò parimenti la *cautio praedibus praediisque* con la *subsignatio* (4): lo Stato potè non ricorrere alla vendita *lege praediatoria,* ma seguire la procedura ordinaria della esecuzione reale: e nella stessa vendita fatta *lege praediatoria,* il nuovo appaltatore non acquista la proprietà, ma, qual successore dello Stato nel credito guarentito dal pegno, ha soltanto i poteri inerenti a questo diritto reale.

Al quale carattere si connette la possibilità di costituire il pegno a garanzia della obbligazione altrui: chi ha la proprietà della cosa, esercita il suo potere assoluto di *disporne,* coll'imporvi un peso contenente alienazione di valore. La obbligazione da garantire è requisito essenziale alla esistenza del pegno, ma non è necessario che il soggetto passivo del rapporto assicurato sia pure il pignorante: una terza persona può imporre su cose sue l'onere della garanzia reale. A questo risultato, contribuiva l'analisi del concetto di garanzia contenuta nel diritto reale di pegno, e quindi l'analogia fra la garanzia personale e la reale: considerandole entrambe in relazione al negozio assicurato, si ha in un caso la sicurtà (identica rispetto

(1) Cons. Voigt, *D. XII Taf.*, loc. cit.; Oertmann, op. cit., l. cit.

(2) Paul., *R. S.*, II, 13, 1; cfr. *Cons. V. Jurisc.* (ed. Krueger, 1890), VI, 8: dove la contraddizione dipende, forse, dall'avere interpretato letteralmente il passo di Paolo. V. Dernburg, op. cit., § 3 cit.; Ascoli, op. cit., p. 18-19.

(3) Arg. Paul, *R. S.*, II, 13, 1 e 5.

(4) Arg. Gai, II, 61. V. Huschke, op. cit., l. cit.

Digitized by Google

al fine economico) prestata dalla persona, e nell'altro dalla cosa, per il che si disse la sicurtà reale *obligatio rei;* e siccome la vera obbligazione di garantire è assunta da una terza persona (fideiussore), si conchiuse alla validità della *obligatio rei* su cosa non spettante al debitore, e senza il concorso di obbligazione personale. Se in origine non fu possibile la costituzione della garanzia reale su cosa che non fosse dell'obbligato personalmente, coll'analisi che mostrò nella obbligazione il concorso di due elementi, il personale ed il patrimoniale, si potè restringere la garanzia a questo solo, limitando ad uno gli effetti del rapporto; perciò la *obligatio rei,* e il concetto di *esecuzione* (1) che vi è insito rispetto alla obbligazione assicurata, Una delle prime applicazioni di questo concetto è la mutazione seguita nella *cautio praedibus praediisque;* la presenza del *praes* diventa una pura formalità (2), e prelude all' istituto della *cautio praediis* (3).

17. Distinto il diritto reale di pegno speciale, dalla proprietà della quale è un peso, non si poteva lasciarlo indifeso: il diritto è tale per la virtù dell'azione che lo protegge. Il pretore, perchè la concezione giuridica era affatto nuova, provvedette da principio con gli interdetti; oggetto di questi è soltanto il diritto reale di pegno. Ma originariamente, la determinazione di questo rapporto non potè apparire con quella nettezza di linee, che acquistò in seguito col maturarsi dell'analisi giuridica: il potere sul valor della cosa, il diritto reale su di essa, non vennero ben distinti dal potere sulla cosa per sè, e gli interdetti possessorî vennero accordati al *solo* creditore pignoratizio, non in vista della impossibilità di possedere il diritto reale di pegno (propriamente detto: a differenza della ipoteca) senza aver la cosa, ma perchè il potere derivante dal pegno parve dovesse assorbire talmente la cosa, che il detenerla per esercitarlo dovesse escludere il possesso della cosa considerata indipendentemente dal diritto reale; non si ammetteva il possesso del diritto reale di pegno, senza il possesso della cosa.

La elaborazione giuridica dell'istituto cominciò rispetto alla forma

---

(1) Perchè diretta ad ottenere il *valore* dedotto (direttamente o indirettamente) nella obbligazione.

(2) Arg. dalla *Lex Puteol. par. fac.*, cit.

(3) V. su questo istituto i testi cit. nelle n. 1, p. 21. Cons. RIVIER, op. cit., § 8.

Digitized by Google

in cui si racchiudeva la vecchia concezione del *dare la proprietà con la obbligazione di ridare;* perciò, gli interdetti possessorî dovettero essere accordati al creditore pignoratizio prima che fosse introdotto l'interdetto Salviano: in questo la elaborazione è già in progresso. Tuttavia, non pare sia stata assai grande la distanza corsa fra le epoche, in cui s'ebbero le due innovazioni giuridiche: il contenuto del Salviano, era conseguenza necessaria dei termini onde mosse lo sviluppo del nuovo concetto; la *designazione* di beni determinati sottoposti all'onere della garanzia, risponde in modo speciale alla garanzia generale offerta ai creditori dal patrimonio del debitore (1).

18. Il diritto germanico ed il franco non ebbero, prima che soggiacessero alla forza perfezionatrice della legge romana, la nozione compiuta del diritto reale di pegno; avevano gli elementi necessarî a poterla svolgere e determinare, identici a quelli che ne determinarono la evoluzione nel diritto romano, e cioè la trasformazione avvenuta nella entità dell'obbligazione, e la esecuzione reale: ma, soltanto al contatto della legge romana si svolge da questi germi la nuova teoria del pegno, mediante gli istituti detti con denominazione romana, *obligationes* (*o. generalis; o. specialis* [2]). Traendone argomento dal nome (*obligatio = rei obligatio*), e dal fatto che la struttura giuridica del pegno romano avea raggiunto la perfezione, parrebbe che questa vi fosse subito attinta: congettura ripugnante ai fonti (3).

---

(1) Col consenso del debitore a che i creditori agiscano sul suo patrimonio, s'integra il concetto generale della obbligazione: la quale risulta dunque da due momenti, il legame, il vincolo personale, e il concorso all'azione che costituisce il patrimoniale; ristretto questo all'*inv. et ill.*, è chiara la restrizione della garanzia *generale*. È chiaro come il concetto qui esposto del rapporto patrimoniale, non abbia nulla di comune col *mandatum agendi et alienandi* del ZIMMERN (in *Archiv f. iurisp., Praxis*, VII, 316).

(2) Dei fonti, e degli scrittori che dicono della garanzia come *obligatio rei*, si dirà in seguito (cap. seg.); dalle cose esposte nelle note precedenti, si può rilevare che il secondo elemento della obbligazione era sempre *obligatio*, ma rispetto al patrimonio. Questa è forse la causa dell'aver conservato il nome, anche dopo la integrazione dell'*obbligazione*, per designare la garanzia *reale* separata dalla personale.

(3) V. il § seguente.

Digitized by Google

§ 3.

L'ipoteca.

SOMMARIO. — **19.** Azione Serviana e quasi Serviana. Ipoteca. Istituzioni alimentarie imperiali. — **20.** *Obligationes* del diritto germanico e del franco. — **21.** Diritto statutario; diritto odierno.

19. Nell'interdetto Salviano, la nozione del diritto reale di pegno rimase confusa fra gli avanzi della vecchia costruzione giuridica dell'istituto; si mostra netta, entro limiti ben definiti, nell'azione Serviana, che perfeziona il rapporto di garanzia spettante al locatore sulle *invecta et illata* dal conduttore nel fondo rustico locato (1). Il diritto reale vi è affermato, e domina ormai nel contenuto giuridico del pegno: il locatore non agisce pel fine di reintegrare la garanzia com'era costituita su beni speciali del debitore, e chiede sia dichiarato il suo diritto di garanzia, diritto reale che gli dà il potere di agire contro qualunque possessore. L'esistenza del pegno non è più collegata al trasferimento della proprietà, o alla consegna della cosa pignorata; nè il fatto della consegna avvenuta ne modifica il contenuto giuridico: la cosa non è per sè l'oggetto del diritto, e la consegna fattane non vieta di distinguere il possesso della cosa spettante al debitore figurante, e il possesso (q. possesso) del diritto di pegno. S'intende qui di pegno nel senso speciale, perchè senza tener la cosa ne sarebbe impossibile l'esercizio, stante il difetto di materialità con la quale si esplica; dal che s'inferisce, come la ipoteca non sia suscettibile di possesso (2).

La Serviana segna il maggior perfezionamento avvenuto nell'analisi del pegno: il concetto della garanzia reale esistente per sè, vi è determinato, ed è poi generalizzato con la q. Serviana (*actio hypo-*

---

(1) Il perfezionamento è evidente, perchè il salviano, come s'è avvertito, non induce il concetto speciale del diritto di garanzia, ma lascia, rispetto a quella parte di patrimonio costituito dalle *invecta et illata*, il medesimo rapporto che, in virtù della obbligazione, spetta al creditore sul patrimonio generale. Onde l'analogia notata fra i due interdetti fraudatorio e salviano.

(2) La ricerca su questo argomento sarà fatta ampiamente, nel costruire la teoria dell'esercizio del diritto di garanzia. Cons. VANGEROW, *Pandekt.* (Marb. u. Leipz., 1876), § 200; cfr. DERNBURG, op. cit., §§ 51 e seg.

Digitized by Google

thecaria). Invece il Salviano, sebbene si riferisse alle stesse cose cadenti nella Serviana, non si potè mai estendere, perchè i termini in che vi era contenuta la garanzia reale, impedirono da un lato la sua estensione, e dall'altro che venisse confuso nella Serviana (1): ma la elaborazione seguita nella sua entità ebbe tutta la generalizzazione consentita dal principio che si era ottenuto. Con la Serviana, cessa il rapporto della garanzia contenuta nel patrimonio generale del debitore, con quella ch'è considerata nel Salviano, come riferentesi ad un patrimonio speciale, distinto, onde l'analogia con l'interdetto fraudatorio (2): rimane il concetto generale di garanzia inerente al patrimonio, ma è specializzato il diritto reale di sicurtà, che può coi medesimi effetti investire beni determinati (ipoteca speciale), oppure il patrimonio intero (ipoteca generale).

Con quest'ultima riforma, il pegno comprende l'ipoteca, ed il pegno propriamente detto. Dell'epoca in cui avvenne, non si può dare affermazione precisa, e neppure congettura molto probabile: pensando alla efficacia che indubbiamente dovette esercitare nella elaborazione di questo istituto la costruzione del diritto di servitù, a causa del rapporto analogo con la proprietà della cosa (diritto reale contenente un peso su di essa), si potrebbe avventurar la opinione, che l'ipoteca fosse conosciuta, ma non perfezionata, in sul finire del secolo VII di Roma: difatti, è più tardi che vien determinato con particolare esattezza il contenuto della servitù, e della *obligatio rei* nella *servitus oneris ferendi* per opera di Labeone (3), e alla servitù vien data una tutela giuridica propria (4). All'epoca di Traiano, come ben s'inferisce dalla notizia delle istituzioni alimentarie imperiali (5), l'ipoteca è nel suo pieno sviluppo. Vero è che in Cicerone (6) si accenna alla ipoteca ricordandola col termine greco, sebbene nei fonti del diritto greco (7) la garanzia reale non sia indicata con questa locuzione; può essere che vi fosse così designato il contenuto della *fiducia*.

---

(1) V. questo concetto com'è esposto sopra nella n. 1 della p. prec.

(2) V. la n. 1 cit.

(3) L. 6, § 2, D. *Si servit. vindic.* (VIII, 5).

(4) Cons. Voigt, op. cit.; Cuq, op. e l. c.

(5) Cons. la Monogr. di Segre, in *Bullett. dell'Istit. di dir. rom.* (a. II, p. 73 e segg.) e gli Aut. che cita. V. specialmente Mommsen, in *Corp. inscript. lat.* II, p. 157, n. 1174, e in *Hermes*, III, p. 101 e seg.; Huschke, *Cens. d. Kaiserzeit* (Berl., 1847), p. 128 e segg.; Karlowa, *Röm. Rechtgesch.* (Leipz. 1885) I, p. 790.

(6) *Ad famil.*, XIII, 58; *ad Att.*, II, 17.

(7) V. le cose esposte, e le n. nel § preced.

Digitized by Google

20. Il diritto germanico non ebbe l'istituto della ipoteca: le due specie di pegno, di cui si tien parola nelle più antiche leggi longobarde, hanno la costruzione giuridica della *fiducia* (1). Ma dalla procedura di esecuzione sui beni immobili del debitore, sorse, per la influenza della legge romana, l'istituto della *obligatio*, rispondente per il nome alla *obligatio rei*, e per il contenuto ai due concetti di garanzia generale spettante ai creditori sul patrimonio del debitore, e di garanzia speciale con la designazione di beni determinati. Nell'un caso, s'ha la *obligatio generalis*, nell'altro la *obligatio specialis*: e della generale i fonti chiaramente affermano, non essere garanzia propriamente detta, e quindi non efficace contro i terzi acquirenti (2); ha virtù soltanto contro le donazioni, e perciò ricorda non la ipoteca romana, sibbene la garanzia in genere, e la difesa dell'interdetto fraudatorio e della pauliana (3). La *obligatio specialis* s'avvicina di molto alla ipoteca: la legge di Liutprando, e il passo relativo del libro Papiense (4), ne indicano minutamente gli effetti: di qui si può desumere, che i compilatori abbiano inteso alla possibilità di costituire del diritto reale di garanzia, senza necessità di trasmettere la proprietà o consegnar la cosa, ma, a causa della nozione che s'aveva dianzi del pegno, non avvertirono correttamente la efficacia del diritto reale nei rapporti coi terzi possessori della cosa onerata. Il testo e la spiegazione affermano, che la cosa obbligata specialmente *non può essere alienata* (5), e il creditore nel respingere la eccezione dell'acquirente posteriore può obbiettare che egli ha *falsam chartulam* (6): questo divieto di vendere dà al creditore, non il potere di agire sulla cosa presso qualunque possessore si trovi nel tempo dell'istituita azione, ma un diritto sulla cosa per sè, come se essa e non il suo valore, fosse alienata. Qui si manifesta il vecchio concetto del pegno, di alienazione della cosa; ma nella forma non

---

(1) V. le citaz. nei §§ preced.; e v. in seguito.

(2) LIUTPR., XVI e LXVII (in *Mon. Germ. histor.*, v. IV. *Legum*, Hamb., 1868). Cons. *Lib. papiens. Liutpr.*, p. 435: la Glossa sulla *cautio*, distingue nettamente la *obligat. generalis* e la *specialis*, e rende manifesta la distinzione con opportuni esempi.

(3) V. p. 31, t. e n. 5.

(4) V. la n. 2.

(5) LIUTPR., LXVII: *nam si stipulatae fuerint nominativae, non eas possit vendere dum ipsam cautionem non sanaverit.*

(6) *Lib. pap.* cit., p. 435.

Digitized by Google

apparisce, e nel contenuto non è più elemento essenziale l'acquisto del possesso (1).

Anche il diritto francese ebbe, forse in epoca più tarda, l'istituto della *obligatio* sugli *immobili* (2), coi medesimi caratteri che la determinano nel diritto longobardo: quando vi s'aggiungeva la clausola conferente al creditore il diritto di vendere (3), la efficacia del diritto reale consisteva nel fargli riavere la cosa libera di peso costituito nell'intervallo fra il tempo della necessità del rapporto, e quello del fattone esercizio (4), e l'istituto s'avvicinava meglio al concetto della ipoteca romana.

Questo concetto domina nella pratica italiana: quasi tutte le carte riferentisi ad ipoteche fino al secolo XII (5), hanno la clausola del diritto spettante al creditore di immettersi come proprietario nel possesso della cosa, se nella scadenza fissata non fosse estinto il debito al quale era unito il rapporto di garanzia: patto moderato talvolta dalla obbligazione imposta al creditore di procedere alla stima della cosa, e pagare al creditore la eccedenza sulla quantità dovuta (6). Secondo questa nozione, il patto commissorio è parte essenziale dell'atto: e il pegno ne acquista figura di vendita cui accede la condizione sospensiva, mentre nel periodo anteriore appariva come vendita soggetta a condizione risolutiva. La miglior cognizione della legge romana, determina in seguito con esattezza la teoria dell'ipoteca, accolta nelle due specie di *generale* e *speciale* (7); ristretta agli immobili (8), passa nel diritto odierno come diritto reale di garanzia,

---

(1) Cons. PERTILE, op. cit., IV, p. 490. Cfr. DEL GIUDICE, *Le traccie di diritto romano nelle leggi longob.* (Milano, 1887), p. 58 e seg.; e su questo lavoro, v. NANI, in *Riv. ital. per le scienze giurid.* V. p. 272.

(2) BOUTEILLER, *Somme rurale* (ed. Charondas le Caron, Paris, 1663), I, 25; BEAUMANOIR, op. cit., XX, 12: XXIV, 2, 13; XXXIV, 51, 52; XXXV, 20, 21, 30; LIV, 5; LXX, 11, 12.

(3) V. i fonti cit. nella n. preced.

(4) V. fonti cit. nella n. 2.

(5) V. le citaz. nella n. ult. del § 1 del pres. cap.

(6) V. il rinvio nella n. prec.

(7) La eguale entità delle due specie d'ipoteca è affermata da DUMOULIN, *Cout. de Paris* (in *Opera*, Paris, 1681), art. 43, I, 96.

(8) La storia di questo principio sarà svolta ampiamente nel Trattato delle cose suscettibili d'ipoteca. V. la monografia del VALETTE, in *Mélanges de droit de jurisprud. et de législ.* rec. et publ. par HEROLD et LYON-CAEN (Paris, 1879-1880), I, p. 247 e seg.

Digitized by Google

che, per nascere ed essere validamente esercitata, non richiede in chi lo ha il possesso della cosa onerata.

21. La dottrina romana aveva elaborato questa dottrina in modo compiuto, e, procedendo con la consueta logica giuridica, la estendeva a qualunque specie di cose: le cose mobili come le immobili si potevano assoggettare ad ipoteca, e le immobili come le mobili a pegno; nella ipoteca, per la esistenza del diritto reale di garanzia, non era necessario che si dovesse consegnare la cosa al creditore, e questo fatto era invece necessario per la esistenza del pegno.

Dai fonti della legge romana s'apprende, come si dubitasse se non fosse conveniente restringere ai mobili il pegno propriamente detto; pareva, e si avvalorava l'affermazione con ragioni etimologiche, per verità molto dubbie (1), che la consegna manifestasse la pienezza del potere acquistato col pegno, soltanto rispetto alle cose mobili. Forse, come s'avvertì di sopra, in questa teoria è il rudimento della concezione giuridica primitiva rispondente alla distinzione delle cose immobili dalle mobili, diversamente protette; ma l'affermazione contraddiceva così al mutato criterio del rapporto fra di esse, come al concetto dell'ipoteca. Nel primo periodo, si sarebbe accolto il concetto tenuto nel diritto germanico e nel franco, che non estendeva la ipoteca ai mobili (*mobilia sequelam non habent*), opponendovisi la importanza già attribuita a questa specie di cose, e gli altri concetti, più moderni, del bisogno del commercio, e della pubblicità dell'atto (2); invece i beni immobili potevano essere oggetto di *pegno*, e di questa teoria si conservano le traccie nel diritto odierno (3).

Il quale diritto adotta le due tradizioni, e restringe il pegno propriamente detto ai mobili, la ipoteca agli immobili. E ammette soltanto la ipoteca *speciale* (4), quasi ritorno alla vecchia concezione onde trasse origine il rinnovamento della teoria del pegno, la opposizione cioè di questa garanzia reale speciale, alla garanzia comune che il patrimonio del debitore presta ai creditori. Ma questo con-

---

(1) L. 238 D. *de V. S.* già cit.

(2) V. la n. 8 della p. prec.

(3) Nell'anticresi; di questo contratto si discorrerà separatamente nella parte speciale del presente studio.

(4) Di regola; nella legge italiana le traccie della ipoteca generale esistono nella ipoteca legale e nella giudiziale. La ricerca su questi punti fondamentali per la costruzione della dottrina ipotecaria sarà fatta ampiamente nel trattato speciale.

Digitized by Google

cetto meglio analizzato, rimane compiuto da un altro elemento: la necessità che ognuno, il quale v'abbia interesse, sappia di quanta garanzia il patrimonio del debitore sia suscettibile.

Tale apparisce nella storia, lo svolgimento della teoria del pegno. Lo studio del rapporto fra la garanzia reale e la obbligazione garantita; del concetto di garanzia in relazione alla cosa, per valutare l'influenza esercitata dalla costruzione giuridica della *obligatio rei*, ed inferirne se, rispetto a qualunque cosa sia oggetto del pegno, questo serbi il carattere di diritto reale: sono argomenti che richieggono ricerche speciali. I dati offerti dalla storia mostrano come la garanzia reale siasi venuta determinando quale istituto giuridico, e le vicende ch'ebbe la sua forma intrinseca: diritto sulla cosa a scopo di sicurtà di una obbligazione, l'indagarla e costruirla nei varî aspetti coi quali si può manifestare, e nei molteplici rapporti di cui può essere elemento, costituisce la dottrina del pegno.

CAPITOLO II.

Analisi del contenuto della garanzia reale (pegno in generale).

Generalità.

Sommario. — **22.** La teoria del rapporto giuridico. — **23.** Come si manifesta: diritto reale, e diritto di obbligazione. — **24.** Distinzione generale, secondochè scopo del rapporto è il *godimento*, o la garanzia di un diritto.

22. I risultati delle ricerche fatte sulla storia del *pegno*, tolta questa locuzione a significare la garanzia reale in genere, qualunque cioè sia la forma di cui si possa vestire, sono avvalorati dall'analisi giuridica del concetto che vi è contenuto. Questo esame particolareggiato varrà a determinare rigorosamente la figura del pegno, separandolo affatto dagli altri istituti giuridici cui parrebbe avvicinarsi, pei termini coi quali la costruzione è avviata o compiuta, o per la identità del fine economico, che è la sicurtà; e dichiara, con precisione scientifica, il contenuto della sicurtà reale, investigato direttamente, eliminato cioè quanto si riferisce specialmente ad altri istituti cui dà causa la sicurtà in genere.

Digitized by Google

A facilitare la indagine, è mestieri porre anzitutto ne' suoi termini fondamentali la teoria del rapporto giuridico, riferendovi in seguito la costruzione speciale della garanzia reale; è stato (posizione giuridica), in cui una persona, per sè o pure in virtù della sua relazione con una cosa, si trova rispetto ad una o più cose determinate specialmente o nel loro insieme, o ad altra persona. La qual nozione non può essere qui convenientemente discussa, vietandolo i limiti segnati a questo studio: ma a dichiarazione delle cose che verranno esposte, è necessario giustificarla nelle parti che accennano alla efficacia della *volontà*, e alla possibilità che la cosa sia soggetto attivo o passivo di diritto. Della *volontà* si tace nella definizione proposta: non perchè si acconsenta alla inutilità di farne memoria nella costruzione teorica del rapporto giuridico, ma pel fatto che questo può nascere in conseguenza di atti non volontari compiuti da persone capaci; chè quanto alle incapaci, la protezione doverosa della legge, spiega come possano aver diritti, e l'esercizio ne sia affidato ad altri (1). Nè, con esatto procedimento, si può ridurre al concetto del rapporto giuridico la nozione del *diritto* (2): i fatti involontari dànno origine al rapporto, quando la offesa del diritto altrui (ingiuria) ne sia il contenuto, e la tutela dovuta al diritto (che altrimenti non sarebbe più tale) rende questa offesa materia di relazione giuridica. Ma la potestà di volere in modo non vietato dalla legge, di stabilire lecitamente un rapporto giuridico, non si confonde col rapporto; specialmente poi, se a stabilirlo non si richiegga il concorso di volontà altrui. Il quale diritto è il *soggettivo* (3): nè si può modificarne la entità, considerando la legge, elemento essenziale del rapporto giuridico, come volontà generale (4), e traendone, col porre la *volontà* nel diritto oggettivo, la teoria del diritto senza soggetto (5): con la quale non si toglie l'elemento della volontà dalla concezione teorica del diritto, rimangono salde le obbiezioni fondate sul riconoscimento della capacità di aver *diritti* in persone impossibilitate a volere, e si fa confusione fra la norma e la potestà di operare in conformità a

(1) V. su questo punto CHIRONI, *Istit. di dir. civile* (Torino, 1888-1889), I, § 23; e gli aut. cit.

(2) V. ora ROGUIN, *La règle de droit* (Lausanne, 1889), cap. I-VI.

(3) Cfr. WINDSCHEID, *Lehrb. d. Pandektenrechts* (VI Aufl. Frkf. 1889), § 37, t. in f.

(4) V. specialmente la monografia di THON, *Rechtsnorm u. subjectives Recht* (Weimar, 1878).

Digitized by Google

lei. Dalla qual teoria, che nella legge (diritto oggettivo) scorge il diritto vivente, perchè animato dalla volontà degli associati, che nell'insieme formerebbero il soggetto dei rapporti pensati e regolati, come se questa volontà *generale*, che si manifesta direttamente soltanto nella consuetudine (1), sia la stessa volontà manifestata da una o più persone determinate, allo scopo di stabilire uno *speciale* rapporto; e dalla teoria, che riducendo necessariamente il diritto a rapporto fra più persone, sostituisce alla nozione del diritto soggettivo l'altra del rapporto giuridico, segue che non si potrebbe dar nascita ad un rapporto non regolato dalla legge, la quale indicherebbe, direttamente o indirettamente (2), i termini nei quali è contenuta la possibilità di costituire la relazione giuridica; funzione non corrispondente con esattezza alla natura sua, perchè, sorta dal bisogno di limitare la libertà dell'individuo nell'interesse dell'associazione, contiene in sè il riconoscimento della validità degli atti da lei non vietati. La volontà generale esiste nella determinazione dei limiti onde risulta la legge, nè in questa si comprende esclusivamente la possibilità di ogni manifestazione giuridica; regolare gli istituti giuridici che hanno maggior possibilità di attuazione, non è divieto a stabilirne altri sfuggiti all'attenzione od a maturo esame del legislatore. Alla volontà libera della persona non si deve porre vincolo che non sia nella legge.

23. Col dichiarare il rapporto giuridico quale posizione giuridica (*stato*) della persona rispetto ad una cosa od altra persona, non s'è avvisato di riconoscere nella cosa, la capacità di stare nel rapporto in qualità di soggetto attivo o passivo: vi può essere dedotta immediatamente o no come oggetto materiale. Vi ha istituti, dove parrebbe avverarsi il contrario; così la servitù prediale, che è relazione tra due fondi (3) e la indipendenza del rapporto da ogni consi-

---

(1) V. WINDSCHEID, op. cit., § 16. Una critica, non foss'altro, originale, è fatta ora alla teoria di HEGEL, ch'è la fonte del concetto odierno della legge (v. da ultimo, CHIRONI, op. cit., § 1, e ROGUIN, op. cit., I. cit.) da HAMMERSTEIN, *L. v. Kirche und Hart* (Freib. i. Br., 1883), n. 5, trad. nella *Bibliot. di sc. politiche* diretta da BRUNIALTI (Torino, 1891), VIII, p. 855.

(2) Sul modo d'intendere la volontà generale contenuta nella legge, e come la volontà dalla persona (diritto soggettivo) ne emani, v. WINDSCHEID, op. cit., § 39, n. 3. E nella trad. italiana (FADDA e BENSA trad.), v. la n. 6.

(3) Molti hanno esitato ed esitano a dare la definizione della servitù: più di tutti BUCHOLTZ, *Versuche üb. versch. Rechtsmaterien*, Lüb., 1808, 1, 14: ma non perciò la nozione posta nel testo può apparire meno corretta.

Digitized by Google

derazione di persona, ha suggerito la idea che i fondi avessero qualità di persona giuridica (1); così la figura dell'obbligazione *ob rem*, che ha molto rilievo nella garanzia reale (2), dove la cosa avrebbe il carattere di soggetto passivo. Il che ha soltanto apparenza di verità, dovendosi riflettere al come questi pesi modifichino la estensione del dominio, con dargli aumento o diminuzione; attalchè, chiunque si trovi in relazione di proprietà con la cosa, s'avvantaggia di queste modificazioni inerenti alla entità del suo diritto, o le sopporta.

Dal modo con che la cosa è dedotta nel rapporto, immediatamente e direttamente, o pure indirettamente, traggono origine i concetti di *diritto reale* e *diritto di obbligazione:* in quello, la cosa è posta in relazione diretta con la persona, in questo, la persona (soggetto passivo) vincola la propria libertà, con promettere a favore di altra (soggetto attivo) una prestazione determinata; qui il soggetto attivo è posto in relazione diretta col soggetto passivo. Nè vale obbiettare che mal può darsi diritto (o rapporto giuridico) senza i due soggetti, e che nel diritto reale ha carattere di soggetto passivo la totalità delle persone tenute a non lederlo, per il dovere generale e negativo che gli corrisponde; il soggetto passivo considerato così nel momento che il diritto nasce, ha tale indeterminatezza da non poter concorrere efficacemente a dargli vita: e quando si ponga mente al tempo della violazione inferta al diritto reale, il rapporto fra il soggetto di esso e l'autore della ingiuria, suppone già la esistenza del diritto offeso, perchè nasce dalla lesione avvenuta. Nel diritto di obbligazione, i terzi non hanno forse il dovere giuridico di non fare illecitamente cosa, che ponga il soggetto passivo nella impossibilità di adempiere la prestazione (3).

La cagion di questa diversa determinazione del rapporto è nel carattere speciale che l'oggetto ha nel diritto reale, e nel diritto di obligazione: nel primo, la cosa è assoggettata al potere diretto, immediato della persona, e la potestà del soggetto l'avvolge assolutamente entro i limiti stabiliti dalla natura giuridica dell'istituto, o dalla legge: perciò il dovere degli altri a non offendere tanta

(1) V. Brinz, *Lehrb. d. Pandekt.* (Erlang, 1882), I, § 69.

(2) Questi concetti saranno svolti ampiamente in seguito, per determinare il concetto di garanzia reale: che dev'essere sceverato nettamente dagli altri rapporti, dove possono occorrere elementi comuni, o che hanno analogia fra loro.

(3) Nè qui la loro posizione giuridica è diversa da quella che hanno nel diritto reale: perchè la condotta di essi non è elemento essenziale alla struttura del rapporto.

Digitized by Google

ampiezza di potere. Se la concezione del diritto reale richiedesse la esistenza del soggetto passivo nella totalità degli associati, il potere sulla cosa dipenderebbe dal dovere ch'essi hanno, nè questo si potrebbe poi giustificare, senza supporre già nata la potestà contenuta nel diritto reale; nè dall'atteggiarlo variamente, si potrebbe ben desumere la entità speciale dei diversi diritti reali, che non avrebbero eguale energia rispetto a tanti soggetti passivi: in conseguenza della servitù, il rapporto fra i proprietari del fondo dominante e del serviente ha contenuto diverso da quello che esiste fra il proprietario del fondo dominante, ed un terzo il quale ne offenda il diritto.

Nel diritto di obbligazione il potere del soggetto attivo (creditore) si spiega parimenti su quanto è dedotto nel rapporto: ma siccome l'oggetto non vi entra per sè, e vi apparisce soltanto per il *fatto* e nel *fatto* (o non fatto) del soggetto passivo, questo è termine essenziale del rapporto giuridico; nell'istituirlo, la *esistenza* dell'oggetto (adempimento della obbligazione) si è fatta dipendere soltanto da lui. Il *vincolo personale*, è concetto che informa tutta la costruzione primitiva della obbligazione: il carattere patrimoniale segnalato più tardi (1), vi ha recato profonde mutazioni, e ha posto in luce il rapporto fra il soggetto attivo e la cosa dovuta (2); ma la entità del rapporto richiede necessariamente che l'elemento della personalità vi prevalga.

24. L'interesse è il fine mediato di ogni rapporto giuridico (3), e dalla utilità che si ha in vista si deduce la distinzione generale del rapporto, che contiene il *godimento* della cosa, o la *garanzia* di un'obbligazione.

La garanzia *(propria)* che esiste come rapporto di diritto reale, contiene l'alienazione del valore della cosa in proporzione uguale

---

(1) Le brevi notizie date sullo svolgimento storico del diritto di pegno, concedono di porre l'affermazione fatta nel testo: l'elemento patrimoniale è termine precipuo della *obbligazione*, ma è ottenuto con l'altro termine speciale che è il *fatto* o il *non fatto* cui si è vincolato il promittente. Della natura del diritto di obbligazione, si discorrerà pure in seguito: accennando alle costruzioni giuridiche che si connettono al concetto esposto, e ad importanti risoluzioni che da questo sono ricavate in leggi, ed in recenti progetti di legge.

(2) V. la n. preced.

(3) Su questa affermazione v. specialmente JHERING, *Geist d. röm. Rechts* (Leipz., 1875-1883), IV, §§ 60 e segg.; *Zweck im R.* (Leipzig, 1877-83), I, p. 443 e segg.

Digitized by Google

al credito assicurato, o pure minore; la relazione immediata fra il creditore e la cosa, a ragione del valore che in essa è, non soltanto mantiene la funzione generale di sicurtà che il patrimonio del debitore ha rimpetto ai creditori, ma la specializza come *garanzia reale*, e le dà a contenuto la *esecuzione* della obbligazione promossa direttamente dal creditore. Dal che non si deve inferire che il rapporto sia uno solo: errore assai grave, perchè lo scopo della garanzia reale non fa che la relazione alla quale dà il contenuto sia legata al tutto all'obbligazione assicurata: fra i due rapporti che hanno condizioni proprie di esistenza, il fine della *garanzia* è tratto di unione, per cui l'uno ha vita ed è esigibile quando l'altro sia rimasto inadempito.

Il quale concetto non proprio della sola garanzia reale, ma comune pure alla personale, rende chiara la struttura giuridica della *garanzia* propriamente detta; la obbligazione del garante, nata in seguito all'inadempimento della obbligazione garantita, non si confonde con questa; il rapporto fra il creditore ed il garante non è designato dalla sostituzione del soggetto passivo nella obbligazione di già esistente, perchè il garante non vi prende il posto già tenuto dal debitore, ma risponde ad una obbligazione distinta. La garanzia è il vincolo, che mette in relazione le due obbligazioni; l'oggetto materiale di entrambe è eguale, quantunque di estensione talvolta diversa, potendosi dare sicurtà per una parte della obbligazione: perciò, il creditore non ha diritto di ridomandare al debitore quanto ha ottenuto dal garante, chè altrimenti esigerebbe più volte lo stesso diritto di credito. Effetto questo, non di unità di rapporto obbligatorio, come avviene nella solidarietà, ma della *garanzia*, e la non estinzione della obbligazione garantita (ciò che pure avverrebbe quando si pensasse a costrurre con la figura della sostituzione soggettiva) spiega la surrogazione del garante nelle ragioni del creditore, proporzionatamente a quanto ha pagato (1). Questa surrogazione, escogitata nel diritto antico, ed estesa dalla vecchia pratica (2) col *beneficium cedendarum actionum*, ha un po' snaturato l'istituto della solidarietà passiva; ben si può consiliare con la teoria della unità obbiettiva il diritto consentito dalla legge al condebitore che ha pagato l'intero.

(1) C. civ., a. 1253, 1716.

(2) POTHIER, *Obligat.*, p. 2, cap. 3, § V (éd. Dupin, Bruxell., 1831). V. GÉRARDIN, in *Nouv. R. histor.*, 1885, p. 403 e segg.

Digitized by Google

di ripetere dagli altri la quota di debito spettante ad ognuno, quando nel regresso si voglia scorgere un rapporto speciale fra i condebitori, che s'effettua dopo estinta la obbligazione in solido (1): ma la surrogazione conceduta al condebitore che ha pagato, nelle ragioni del creditore (2), è punto che lascia grave dubbio sulla bontà della costruzione, perchè il debitore, nel rapporto col creditore, non figurerebbe soggetto passivo di obbligazione sua, come fosse cioè costituita soltanto da lui. Non sarebbe infatti possibile, se la obbligazione già costituita in solido fosse estinta, ed il regresso non avesse parte alcuna nella struttura della solidarietà: e neppure s'intenderebbe questo rapporto *particolare*, proprio, se la surrogazione lo costituisse. Col *beneficium cedendarum actionum* esteso dalla pratica alla solidarietà passiva, s'è venuto infiltrando nel contenuto di essa il concetto della garanzia, espresso poi come rapporto di società fra i condebitori, o di garanzia propria personale (3): nè altra è la causa di tal conseguenza nella costruzione della solidarietà. Perciò, il condebitore che ha pagato non ha l'azione solidale: la solidarietà esiste soltanto nei rapporti col creditore, e contiene quella garanzia che poi concorre a dar fondamento al regresso.

Così, in conseguenza della sicurtà che contengono, si determina egualmente rimpetto alla obbligazione assicurata, la posizione dei

---

(1) Sulla natura dell'obbligazione solidale v. CHIRONI, in *Studi Senesi*, I, f. 1; e gli Aut. che cita. *Istit. di Dir. civ.*, § 255 e gli Aut. ivi cit.

(2) Le affermazioni fatte nel testo, sono i risultati della ricerca storica sull'istituto della solidarietà: e in parte contraddicono alla costruzione proposta nello scritto ricordato (v. n. 13). Certo, l'azione di regresso conceduta al condebitore si può intendere, pur costruendo col criterio della unicità obbiettiva e della pluralità subbiettiva, argomentando dalla presunzione legale di patto estraneo al rapporto di solidarietà (CHIRONI, *Istit. di D. c.*, § cit.): ma quando si pensi all'entità giuridica della surrogazione, non si può a meno di scorgere il nesso intimo che è fra questo istituto, e il rapporto stesso. Per intendere esattamente la difficoltà, e la risoluzione che si può proporre, sarebbe mestieri di indagare ampiamente l'entità della surrogazione: nella quale meglio che sopravvivenza di obbligazione, s'ha la sostituzione soggettiva dipendente da pagamento fatto senza intenzione di beneficare il debitore. La considerazione accennata nel testo, l'elemento cioè della garanzia, spiega la surrogazione del condebitore solidale e la divisione dell'azione: concetto che per la vera *solidarietà* è adottato dalla teoria romana odierna (v. WINDSCHEID, op. cit., § 298, n. 12, 13). Perchè pare evidente, che nella modificazione data da Giustiniano agli effetti della *litis contestatio* nella correalità passiva, s'abbia netto l'elemento della garanzia mutua, reciproca, introdotto nell'istituto: onde il concetto della società, che potè sorgere più tardi.

(3) V. le n. precedenti.

Digitized by Google

due rapporti di garanzia reale e personale. Ma la garanzia reale, in virtù della relazione diretta esistente fra il creditore e la cosa, ha figura di modo di esecuzione della obbligazione assicurata, specialmente quando sia fornita dallo stesso debitore: nella personale, la figura della obbligazione domina il rapporto fra il creditore ed il garante, e dà vita alle due eccezioni della escussione e della divisione (1).

§ 1.

Diritti di godimento (d. reale; d. d'obbligazione).

Sommario. — 25. Contenuto del diritto reale. — 26. Contenuto del diritto di obbligazione: rapporto col patrimonio dell'obbligato e con la cosa specialmente dedotta nella prestazione. — 27. Teorie di Sohm e di Marcadé. Critica.

25. Studiare, raffrontandola, la entità del diritto reale e del diritto di obbligazione che contengono il godimento della cosa, è aprire la via a conoscere con esattezza la garanzia. Il diritto reale, comprende la utilità della cosa, che, per il conseguimento di questo fine, è sottoposta, in modo diretto ed immediato, al potere del soggetto attivo: utilità estesa a tutte le funzioni di cui la cosa è capace, o ristretta ad una o più funzioni determinate. Chiaro è, che in questo secondo caso la realità del rapporto non può essere discussa: la cosa, *in quanto è necessaria a produrre quella speciale utilità* ch'è in lei, è oggetto del rapporto: la posizione giuridica del soggetto è ristretta a questo scopo.

Due conseguenze, egualmente gravi, derivano dalla esposizione fatta: alienare una funzione, o più funzioni della cosa, non è alienare una o più parti di essa: non la cosa per sè, ma la cosa in vista della funzione, della utilità speciale che si ebbe in considerazione, è oggetto del rapporto. Perciò, la proprietà rimane integra, nè giuridicamente si potrebbe senza di essa intendere la esistenza di queste relazioni particolari: e discutere se la proprietà perda il carattere che la individua, quando siano istituiti sulla cosa diritti reali di godimento, o rispetto ad essa sia voluto un diritto di

(1) La indagine sulla questione se il benefizio di escussione spetti al terzo possessore, sarà fatta in seguito.

Digitized by Google

obbligazione, è argomentare da nozioni poste imperfettamente (1). Nè può esistere diritto reale sopra cosa non corporale: che è la cosa propriamente detta, la parte cioè del mondo esteriore che la persona può mettere direttamente in rapporto con la propria attività, e assoggettare al suo potere fisico. Cosa incorporale è il rapporto giuridico che non ha tal contenuto: eccezionalmente, sono annoverati fra i reali alcuni diritti, che, pur avendo ad oggetto la separazione di una o più funzioni della cosa, si spiegano su di essa; la impossibilità di godere la funzione senza agire sulla cosa, induce la necessità che questa, se non direttamente nel senso giuridico, sia indirettamente tratta nel rapporto. Il quale, ha qui natura di cosa incorporale; perciò, si ha la realità del diritto quando la cosa sia elemento diretto del rapporto, o vi entri quando una funzione individuata giuridicamente non possa esistere come oggetto di relazione distinta, senza il suo concorso materiale.

26. Altra è la entità del diritto di obbligazione, dove l'oggetto è considerato non direttamente per sè, ma in relazione al soggetto passivo: questa dipendenza dell'oggetto dalla persona obbligata, pose da principio in risalto il vincolo personale come fattore unico del rapporto, la struttura giuridica del quale fu completata più tardi col concorso dell'elemento patrimoniale. Che ha per contenuto il *valore*, del quale, in conseguenza della obbligazione, è accresciuto il patrimonio del creditore e diminuito quello del debitore; la cosa, malgrado sia certa, determinata, entra nel rapporto col mezzo del *fatto* del debitore, che l'avvolge e figura come oggetto giuridico (2). La relazione patrimoniale si restringe dunque al valore. Su questo punto, può generare difficoltà la costruzione dell'entità della colpa come rapporto giuridico separato dalla obbligazione inadempiuta, perchè fin da principio si

(1) Cons. MERCKEL, *Iurist. Enciclopädie* (Berlin, 1885), § 578.

(2) Il *fatto* del debitore è l'oggetto che apparisce direttamente nel rapporto (cfr. KUNTZE, op. cit., p. 91 e segg.): altrimenti avviene in quei rapporti obbligatorî, che hanno per oggetto l'*alienazione* della proprietà, di cosa certa e determinata; ma qui si deve avvertire la influenza di un altro principio derivato dalla concezione dei canonisti sulla buona fede, e poi accolto con altro fondamento, che è la signoria della volontà. Il principio cioè, che l'alienazione è perfetta mediante il solo consenso; sebbene l'istituto della trascrizione, come si osserverà nell'indagare la forma della pubblicità dei diritti reali, modifichi nuovamente la teoria, restituendo, almeno rispetto ai terzi, al contratto di alienazione la sua entità di rapporto obbligatorio.

Digitized by Google

fa considerazione del *valore:* onde parrebbe, che domandando il risarcimento non sia mutato il rapporto, ma rimanga l'antico, ch'è solo modificato obbiettivamente (1). Difficoltà non grave: nel costruire la relazione patrimoniale non si può tener conto del fatto per *sè*, sul quale, perchè dipende dalla volontà dell'obbligato, non si ha possibilità di esercitare il potere diretto, immediato; è posto in calcolo il *valore*, costituito dalla estimazione pecuniaria del *fatto* dovuto. Quantità che vien chiesta, quando rimasta inadempiuta la obbligazione, il creditore domanda il risarcimento: il quale è oggetto di speciale rapporto giuridico, che trae origine dalla responsabilità. Vero è che il nuovo rapporto succede all'antico, perchè l'inadempimento di questo concorre a farlo nascere, ma non vi è surrogazione propria; altri elementi soggettivi (*colpa* in senso lato) ed oggettivi (*danno*) lo distinguono (2).

L'analisi esposta designa i due fattori dei quali consta il concetto della *obbligazione:* elemento personale, ed elemento patrimoniale. Si confondono, perchè la obbligazione non è relazione puramente patrimoniale, come se il patrimonio sia persona giuridica, e verso di esso spetti al creditore l'azione diretta: non è puramente personale, perchè il vincolo s'effettua in vista di un vantaggio patrimoniale; è l'uno e l'altro insieme, sebbene l'elemento personale vi prevalga, per il fatto che il soggetto passivo interviene necessariamente a costituirla. Onde si ha, che il rapporto di obbligazione è propriamente diretto ad ottenere, che il debitore *agisca* nel modo cui s'è inteso nel determinare la prestazione: pure, l'elemento patrimoniale manifesta tutta la sua importanza, quando alla impossibilità di astringere il debitore ad eseguire la prestazione, si dà rimedio col diritto del creditore di

---

(1) La difficoltà della costruzione teorica, ha qui molta gravità. Argomentando direttamente dalla nozione proposta della obbligazione, e dal concetto che nella colpa, vede la *perpetuatio obligationis*, parrebbe che il rapporto non muti per la esistenza della responsabilità il contenuto originario della relazione. Tanto più, che altrimenti parrebbe necessario di esaminare se è occorsa novazione: e se questa sia necessaria (cons. WINDSCHEID, op. cit., § 329; BRINZ, op. cit., § 284; cfr. CHIRONI, *Colpa contratt.* (Torino, 1886), cap. 1; *Colpa extra-contr.* (Torino, 1887-88), cap. 1; *Istituz. di D. C.*, §§ 266, 275, 276).

(2) Con questa considerazione è risoluta la difficoltà esposta nella nota precedente. I due elementi affermati contribuiscono alla costituzione di un nuovo rapporto che si connette al primo, dal quale deriva. Ma non si può disconoscere, che costruendo secondo il concetto della surrogazione oggettiva, la teoria è più semplice, e risponde meglio alla costruzione del rapporto di obbligazione, contenente un *valore*.

Digitized by Google

agire sul patrimonio dell'obbligato, e trarne quel valore che rappresenta l'elemento patrimoniale della relazione costituita. Eccezionalmente, la sua efficacia si palesa con più di forza, a segno di mostrare il diritto del creditore quasi affermato sulla cosa, senza aver tuttavia la estensione del diritto reale; nelle obbligazioni che hanno per oggetto il fare o non fare (nel proprio significato giuridico), il creditore può fare quanto il debitore ha concesso, o distruggere quel che ha fatto contrariamente alla obbligazione (1); la quale potestà, secondo richiede la natura della obbligazione, è fatta valere rispetto al debitore ed ai suoi eredi.

Si è detto, che contenuto dell'elemento patrimoniale è il valore. Non si vuole con ciò intendere alla necessità che la obbligazione abbia un oggetto estimabile in denaro (2), perchè sia valida: il *valore* designa qui la relazione patrimoniale, che si manifesta con la esecuzione sui beni del debitore inadempiente. In virtù della obbligazione, e col *mezzo diretto* del fatto promesso, il creditore ha diritto a riprendere un *valore* dato al debitore col patto di riaverlo o nella forma stessa con la quale è fornito o nell'equivalente, oppure a ricevere un *valore* in cambio di altro, o anche senza corrispettivo: qualunque sia la *forma* nella quale vien dedotto nella obbligazione, questo valore è la essenza della relazione patrimoniale, è la quantità, della quale, a causa della obbligazione, il patrimonio del debitore va diminuito a vantaggio del patrimonio del creditore. Esso, così esigendo la natura del rapporto, comparisce da principio

---

(1) Cod. civ., a. 1220-1222. Cod. civ. fr., a. 1143-1145; C. civ. portogh., a. 712-715; C. civ. spagn., a. 1098; C. civ. neerland., art. 1276, 1277; C. civ. della Rep. Arg., art. 629-633; Cod. civ. del Chilì, art. 1553-1555; Cod. civ. del Messico, a. 1542; C. civ. del Guatem., art. 1449; C. civ. del Basso Canadà, art. 1065, 1066. In quest'azione diretta s'avverte già un grande riavvicinamento fra il rapporto di obbligazione e il diritto reale; punto che verrà meglio osservato in seguito.

(2) V. su ciò IHERING, nei *Iahrbücher f. d. Dogmatick*, XVIII, 41 e segg. Ma la teoria da lui affermata (e vittoriosamente; *v.* il Prog. del Cod. civ. germ., § 206) urta contro il concetto della obbligazione, che è prestazione di un valore dedotto direttamente nel rapporto, o che ne deriva indirettamente per il fatto dell'inadempimento ingiurioso. Per difenderla, e adottarla in qualche modo così alla nozione della obbligazione, come al concetto che di questa s'ha nella legge patria, per effetto della tradizione romana, bisognerebbe costruire la teoria affermando, che l'interesse pecuniario è *presunto* sempre nella obbligazione; e che il solo momento in cui possa discutersi della realtà contraria, è quando, a causa d'inadempimento si chiegga la indennità. La nozione del *danno* trionfa allora sulla virtù della presunzione.

Digitized by Google

nella obbligazione nel *fatto* del debitore, e nella forma con la quale dev'essere prestata: quando il debitore rifiutasse di eseguire la prestazione, il creditore trae questo valore dal suo patrimonio, non in quella forma pattuita, perchè il *fatto* del debitore costituisce la personalità del vincolo, ma in moneta.

Col sussidio di queste ricerche si può definire la obbligazione, vincolo giuridico patrimoniale costituito dalla legge o dalla volontà del privato, che astringe una data persona a compiere una determinata prestazione: vi prevalse dapprima l'elemento personale rappresentato dal *fatto* dell'obbligato, e in seguito il *patrimoniale*, rappresentato dal *valore*. Considerando questo secondo lato dal rapporto di obbligazione, s'osserva la corrispondenza fra il concetto del diritto al *valore*, e l'altro della relazione diretta con la cosa, come s'ha nel diritto reale; ma non si può inferirne che la *realità* esista pure nel rapporto di obbligazione, e si spieghi sul *valore*, il quale non è specificatamente contenuto in una o più cose, sibbene nell'intero patrimonio che ne vien diminuito. Figuratamente, come nel rapporto di garanzia reale si dice di obbligazione della cosa, qui si può dire di obbligazione del patrimonio, inteso nel suo proprio significato di complesso di rapporti riferentisi alle cose, non come unione di più cose distinte; e non si ha, secondo richiede quel diritto reale, il rapporto diretto col valore di una o più cose (1).

27. Il mutamento avvenuto nella struttura giuridica della obbligazione è stato osservato accuratamente (2); ma nella sua esposizione manca l'analisi, che, separati i due elementi (personale e patrimoniale), dichiara la natura propria di ciascuno, e il modo col quale agiscono quando, confusi, costituiscono la obbligazione. Nè vi ha altro metodo di ricerca per attingere i criteri che determinano la entità di questo rapporto.

---

(1) La ragion di distinguere si riduce dunque a questo: che nel rapporto reale si ha il potere diretto verso una cosa certa, determinata: nel rapporto di obbligazione, il rapporto verso il patrimonio di una persona, contenente il *valore* dedotto (direttamente, o no) nel vincolo giuridico. Ma se il rapporto è diretto al valore di una data cosa, si ha un potere che risponde al rapporto reale: sebbene si debba commisurarne l'estensione a quella che ha il rapporto garantito.

(2) KUNTZE, op. cit., l. cit. V. pure le notizie che si possono trarre dalle ricerche di ESMEIN in *Étud. s. l. Contrats* (Paris, 1883, III). E cons. ROGUIN, op. cit., cap. VIII.

Digitized by Google

Contributo notevole a sviluppare la nozione esatta del diritto reale e del diritto di obbligazione, può essere data da una teoria recente (1). Giudicando non bastevole alla esatta classificazione dei diritti la distinzione dei diritti in *reali* e *personali*, o di *obbligazione*, si propose di distinguere, secondo il diverso contenuto, il diritto *sulla cosa* (*Rechte an einem Object*), dal diritto *avverso la cosa*, ossia sul *valore pecuniario* di essa (*Rechte auf ein Object; auf einen Vermögenswerth*): assegnata alla prima categoria la maggior parte dei rapporti giuridici comunemente ritenuti diritti *reali*, ed alla seconda i diritti di obbligazione, e gli altri che hanno per oggetto il valore di un oggetto certo e determinato, fu attribuita quest'ultima natura al pegno, designato quale diritto sopra una cosa e sul valor pecuniario di essa: con che s'univano due caratteri, di cui la distinzione proposta intendeva mostrare la vicendevole e intima repugnanza. La teoria ha osservazioni assai giuste; ma è difettosa in molte particolarità e nell'insieme. La natura del diritto di obbligazione non vi è ricercata compiutamente, perchè non è indagata la influenza che vi ha l'elemento del valore, e questo non è calcolato in relazione al patrimonio: di qui, la impossibilità di separare nettamente dal diritto di obbligazione il diritto reale di garanzia, confusi assieme nella seconda parte della classificazione; sebbene il diritto di garanzia vi figuri, contraddittoriamente, con un carattere di realità (*Rechte an einem Object*), mentre, per la causa dell'oggetto che è il valore pecuniario, parrebbe si dovesse escluderlo dal novero dei diritti reali. Il difetto nello studio dei particolari fa rilevare le mende dell'insieme; la classificazione avversata dalla teoria esposta, consente nuove distinzioni secondo il contenuto dei diritti: quelle ch'essa propone, non separano i rapporti di godimento dai rapporti di garanzia, e confondendo questi ultimi coi diritti di obbligazione, contraddicono ai criteri generali da cui hanno origine (2).

In un'altra dottrina, anche recente (3), vien fatta la stessa parti-

---

(1) SOHM, *Lehre v. Subpignus* (Rostock, 1864), pag. 9 e segg. Ma cfr. BREMER, op. cit., I, Th. A, p. 30 e segg.; BEKKER in *P. Krit.*, *Vierteljahrschr.*, VI, p. 474, n. I.

(2) La classe dei diritti di pegno riunirebbe due concetti che il SOHM afferma contraddittori; essa fa parte dei dritti reali, perchè la cosa è oggetto del rapporto non per sè, ma per il *valore;* sebbene, per l'effetto della garanzia, si debba porre in corrispondenza il rapporto di pegno con quello che ne è garantito.

(3) MARCADÉ, *Explicat. th. et prat. du C. Napol.* (Paris, 1872), s. l'art. 526.

Digitized by Google

zione che è nella teoria esposta. Il diritto è nella cosa (*ius in re*) o contro la cosa (*ius in rem*); dal *ius in re* non derivano mai azioni che non siano *in rem:* dal *ius ad rem*, diretto ad ottenere una data prestazione, nasce l'*actio ad rem*, ma eccezionalmente il diritto d'ipoteca, che sarebbe *ad rem*, dà nascita all'*actio in rem*, perchè con la domanda avverso la cosa, si chiede il valore pecuniario che vi è contenuto. Si lasci di osservare, che il *ius in re* si afferma, quando sia leso, con l'azione *ad rem;* è costruzione molto difettosa l'altra di assegnare l'ipoteca alla categoria del *ius ad rem*, argomentando, oltrechè dal *valore* che si vuol conseguire, dal concetto della *obbligatio rei* (1); e di attribuirle poi l'*actio in rem*, propria, secondo la distinzione fatta, del *ius in re*. E rimane l'argomento tratto dal difetto di separazione netta, precisa, fra il diritto di obbligazione ed il rapporto di garanzia reale; se in entrambi si vuol ottenere il valore, è mestieri d'indagare come, e su qual cosa questo si debba conseguire: levarlo dal patrimonio in genere, non è pretenderlo *da* una cosa *sulla quale è stato assegnato.* Di qui le incertezze sulla natura giuridica del pegno.

§ 2.

Il diritto reale di garanzia.

SOMMARIO. — **28.** Contenuto della garanzia reale; perchè vien distinta dal diritto di prelazione, ed è diritto reale. — **29.** Analisi dei rapporti che ne costituiscono la entità: *A.* con la cosa; *B.* col patrimonio del quale è parte. *A.* Rapporto con la cosa. — **30.** *B.* Rapporto col patrimonio: α) del debitore. Carattere della garanzia. — **31.** Rapporto col patrimonio: β) di un terzo. Carattere della garanzia. — **32.** Come eccezionalmente questo secondo carattere possa esistere, nel caso di rapporto col patrimonio del debitore.

28. Ai termini generici coi quali il concetto del valore è designato nel rapporto di obbligazione, fa riscontro la specialità con la

(1) I fonti nei quali trovasi adoperata la locuzione *obligatio rei*, od altra equivalente, sono raccolti in BÜCHEL, *Civilrechtl. Erörterung* (Marb., 1834-39), 2 (*Nat. d. Pfandr.*), 2, p. 27 e segg.; cfr. RIEDEL in *Magaz. Civilist*, di HUGO, V, 3. V. pure SINTENIS, op. cit., §§ 1, 2; VANGEROW, op. cit., § 763, n. 2; e per i risultati, cons. ZIMMERN, in *Arch. f. civil. Praxis*, VII, 315 e segg.; e cfr. MÜHLENBRUCH, *Lehre v. d. Cession*, p. 13, n. 20; HASSE in *Rhein. Museum*, I, p. 94: SCHMID, *Grundl. v. d. Cession* (Braunschw., 1864), p. 93 e segg.; BREMER, op. cit., p. 7, 86. V. il n. 42 e le citaz. del BRINZ in n.

Digitized by Google

quale è determinato nel rapporto di garanzia: qui non è valore diffuso nel patrimonio considerato astrattamente, ma è valore di una o più cose: e così individuato, è oggetto della garanzia reale. La specialità, che è nel concetto di questo istituto, si riferisce al valore, non alla cosa o cose dalle quali s'ha il diritto di trarlo, e perciò l'esposizione fatta s'applica egualmente al pegno speciale ed al generale (quando questo fosse ammesso dalla legge): a differenza di quanto avviene nel diritto d'obbligazione, nel rapporto di garanzia reale il valore è *specializzato*, qualunque sia la determinazione fatta della cosa assoggettata alla sicurtà. Questa comparazione rende evidente la inesattezza di linguaggio in cui si cade, quando si dice del costituire il patrimonio del debitore la *garanzia* comune dei creditori (1); i quali agiscono su di esso per la virtù dello stesso rapporto di obbligazione, promovendone direttamente la esecuzione. Non vi ha garanzia reale, senza specializzazione del valore di una o più cose in relazione al credito garantito, e nel concorso dei creditori non sostenuti da questa sicurtà, il patrimonio del debitore rappresenta egualmente, rispetto a tutti i concorrenti, l'elemento patrimoniale (passivo) dell'obbligazione; quando lo stesso debitore è il soggetto passivo di più obbligazioni, l'elemento patrimoniale che esiste in esse converge sullo stesso patrimonio; onde la legge del concorso. Di qui s'induce l'*interesse* (2) che il creditore ha d'impedire la diminuzione dolosa, o il mancato aumento dell'attività patrimoniale (3) non ha figura di diritto reale, e dandogli nome di *garanzia* si adopera questo vocabolo in modo generico, e giuridicamente improprio. Nell'usarlo così, è tenuto nella sua forma rudimentale il vecchio concetto della obbligazione: vincolo personale, l'azione dei creditori sul patrimonio del debitore è considerata come istituto che gli è

---

(1) Cod. civ., a. 1948 cit.

(2) Non altro è il fondamento dell'azione Pauliana, o revocatoria (Cod. civ., a. 1235): la ragione di questo istituto, secondo le notizie storiche già esposte succintamente, mostra quanto si ravvicini al rapporto di garanzia reale (*interd. fraudatorium: interd. Salvianum*), come nell'uno e nell'altro si manifesti il concetto patrimoniale esistente nella obbligazione, e come secondo che la *garanzia* è stata determinata in modo particolareggiato. Di questo si dirà più avanti, studiando la relazione che fra i due istituti è nel diritto odierno: e si dirà pure della relazione che è fra la pauliana, e il diritto di revocare gli atti coi quali il debitore rinuncia all'aumento del patrimonio.

(3) Cod. civ., a. 950; 2112.

Digitized by Google

strettamente connesso, ma estraneo alla sua entità giuridica; ed è conseguenza dell'esservi inerente l'elemento patrimoniale.

La specializzazione del valore di una o più cose rispetto ad una obbligazione determinata, è meglio significata col dire *alienazione* del valore: perchè il contenuto è effettivamente *alienazione*, si opera molto correttamente dichiarando in questo modo il diritto reale di garanzia. Il quale ha per oggetto diretto ed immediato il *valore*, che per la quantità è determinato dalla obbligazione garantita: ed è opponibile a qualunque persona; i creditori che procedono escutivamente sul patrimonio, del quale è parte la cosa data in garanzia, non hanno diritto sopra un *valore* di già alienato, perchè destinato specialmente a sicurtà di un credito, e chiunque acquista la cosa onerata, ha il potere su di essa limitato dal diritto di garanzia reale. Essa richiede dunque una cosa, sulla quale, fin dal momento in cui la garanzia è costituita, grava l'onere contenente l'alienazione del valore: e siccome il valore assicurato è quello del rapporto di credito, non si cade in errore affermando che la garanzia reale converte quasi (1) in reale il diritto di obbligazione, personale di natura sua. Nè ad altro s'intendeva con la vecchia locuzione di *obligatio rei* (2): la garanzia reale poneva la cosa come a soggetto passivo del rapporto, e quindi la necessità in lei di adempiere alla *obbligazione*, sebbene non fosse posseduta dal debitore; ma sebben si valuta la entità del rapporto, è chiaro che nessuna corrispondenza esiste fra questo concetto ed il vero contenuto della garanzia reale.

29. A voler dichiarare, con la precisione che si può maggiore, la virtù del concetto esposto, fa mestieri di analizzarlo minutamente e studiarlo in relazione alla *cosa*, il valor della quale si dice

---

(1) *Quasi:* e a ragione. Perchè, se per poco si esagera la costruzione che dà alla *garanzia* il valore di *esecuzione reale* della obbligazione, i due istituti verrebbero a confondersi. Ora, i due rapporti sono ben distinti, sebbene per la relazione che è fra essi, il *valore* contenuto nella obbligazione sia pur quello che è contenuto nella garanzia (v. in seguito il § 3).

(2) Sulla *obligatio rei* v. la n. 1 a pag. 56. Par certo (cons. WINDSCHEID, op. cit., § 224, n. 8) che nella mente dei Giureconsulti romani questa locuzione non significasse la esistenza di un vero rapporto di *obbligazione*, dove la *cosa* fosse soggetto passivo: era adoperata per designar meglio la relazione diretta del creditore verso la cosa *a fin di ottenere il valore dedotto nella prestazione*. È termine che indica l'analogia fra i due rapporti: e che dimostra come il concetto fondamentale dovesse esser quello che è qui chiamato *alienazione* del valore.

Digitized by Google

alienato proporzionatamente al valore della obbligazione ed al *patrimonio* nel quale essa è contenuta: con la prima indagine, vien determinata la natura dell'*onere* che grava la cosa, e con la seconda si mostra qual rapporto esiste fra il patrimonio del debitore e la obbligazione (elemento patrimoniale), in seguito alla costituzione della garanzia.

Come s'è avvertito, la garanzia reale contiene il rapporto diretto col valore di una o più cose: perciò, così richiedendo la entità dell'istituto, la cosa, il valor della quale è stato alienato, si trova assoggettata all'onere derivante da tale alienazione. Oggetto del rapporto pare la cosa stessa, e invece è il suo stato di soggezione, come avviene nella servitù, dove la cosa è oggetto del diritto in quanto produce quella utilità, onde avviene il godimento che dà il vero contenuto del rapporto reale; la separazione della cosa da una utilità ch'essa produce, e che è costituita ad oggetto di diritto, ha fatto che nella servitù, e nella garanzia reale, la cosa si potesse considerare come soggetto passivo del rapporto (1). Nella garanzia reale, la cosa ha figura di oggetto, perchè vi è contenuto il valore alienato; valore che viene indicato astrattamente, ed è ridotto in ispecie, quando, valendosi del diritto suo, il creditore farà scambiare la cosa con la moneta, che è il vero oggetto del rapporto. Fino a che non sia effettuata materialmente la separazione del valore, questo è considerato come utilità della cosa, quale contenuto generico di essa; di qui il rapporto diretto ed immediato con la cosa rappresentante il valore ch'entra nella relazione, e perciò il diritto di separarlo effettivamente con la procedura apposita, qualunque sia la persona presso la quale si trova la cosa onerata.

La costituzione della garanzia reale dà così nascita al rapporto con la cosa, come racchiudente in sè la utilità avuta per fine; qual sia l'onere che ne deriva, e perchè differisca da quello che pesa su cosa soggetta a servitù, è argomento chiarito dall'indole speciale della utilità. La quale, nella servitù consiste in una funzione della cosa, non separabile corporalmente, sebbene in senso astratto abbia entità giuridica propria; la garanzia reale pesa sulla cosa finchè il valore vi è immedesimato: non ha per oggetto una

(1) Su ciò, e per la servitù v. il pres. cap., § 1, n. 25 e segg.; per la *obligatio rei*, v. quanto si è detto nella pag. preced. (t. e n.): e le teorie di SOHM e di MARCADÉ, studiate in questo cap., § 1.

Digitized by Google

funzione della cosa, ma il valore di essa, e questo, quando sia ridotto in moneta è materialmente specializzato.

30. La seconda ricerca, la condizione giuridica del patrimonio rispetto alla obbligazione assicurata con garanzia reale, abbisogna di una distinzione preliminare: secondo che la cosa onerata dalla garanzia fa parte del patrimonio del debitore, o del patrimonio altrui, perchè l'elemento patrimoniale, com'è insito nella essenza della obbligazione, va considerato nel rapporto con la persona che ne è il soggetto passivo.

Se appartiene al patrimonio del debitore (senza che occorra distinguere quando vi sia entrata, prima, o dopo la costituzione della garanzia reale), parrebbe che, in virtù della garanzia, il rapporto fra il patrimonio e il creditore, che deriva dall'elemento patrimoniale, si dovesse restringere tutto nella cosa assoggettata a sicurtà: parrebbe, che l'alienazione del valore debba concentrare in lei il rapporto che nella obbligazione è esteso al patrimonio, perchè il valore non si troverebbe più diffuso in questo, ma sarebbe specializzato astrattamente su di una o più cose che vi sono contenute. Ragionamento assai fallace: l'elemento patrimoniale, e quindi la relazione col patrimonio del debitore, entra a costituire l'essenza giuridica della obbligazione, e la garanzia non può con la sola sua virtù limitare la estensione di questo rapporto, già nato nel momento in cui è stata costituita; altrimenti, e andrebbe contro al suo scopo, diminuirebbe le ragioni del creditore, che a maggior sicurezza del suo credito ha chiesto una garanzia speciale.

Quando, in questo argomento, la volontà delle parti non attribuisca alla garanzia reale effetti che, per la sola entità sua, non potrebbe produrre, continua la funzione del patrimonio del debitore rispetto alla obbligazione: e si esplica in due modi diversi di azione. Nel primo, vien considerata la cosa data in sicurtà: perchè fa parte del patrimonio del debitore, si spiega pure su di essa la relazione patrimoniale inerente alla obbligazione, ma rafforzata dalla garanzia reale: la esecuzione contro il patrimonio, e quindi contro la cosa stessa data a sicurtà, è resa singolarmente efficace dalla seguìta alienazione del valore. Questo rapporto non leva la cosa dal patrimonio del debitore, e gli altri creditori possono procedere esecutivamente su di essa: non la cosa, ma il valore che vi è contenuto è l'oggetto della relazione. Nel secondo sono poi considerate le altre cose esistenti

Digitized by Google

nel patrimonio: il creditore può, per effetto dell'elemento patrimoniale, procedere su di esse, perchè la *garanzia* lascia intatta la relazione che ne deriva, e con l'alienazione del valore non fa che accentuarla. Cosicchè, il sostrato del diritto spettante al creditore è la relazione che si estende a tutto il patrimonio, e perchè il valore di una o più cose è specialmente devoluto al soddisfacimento del suo credito, il rapporto ha la figura di garanzia (1).

Ma se i due termini di *relazione* che abbraccia il patrimonio, considerato in generale, e di *alienazione* del valore di una o più cose, possono coesistere senza contraddizione, la garanzia induce necessariamente una limitazione che restringe l'*esercizio* del primo. Il valore della cosa onerata è assegnato specialmente al soddisfacimento di un credito, e questa destinazione vieta al creditore di procedere esecutivamente sugli altri beni del debitore, prima di aver proceduto sulle cose date in sicurtà; se una parte determinata del patrimonio è, con la esclusività costituente la garanzia, destinata alla estinzione della obbligazione, è conforme alla natura del rapporto che si debba anzitutto procedere nelle cose onerate (2). Si può dire, che la garanzia restringa a queste la relazione patrimoniale inerente alla obbligazione, nel senso che, per l'assegnazione avvenuta, il creditore è costretto a valersene prima di agire sui beni liberi di pegno: il valore delle cose date in sicurtà è parte del patrimonio, e l'alienazione è seguita perchè, con più sicurezza, si possa ottenere il soddisfacimento della obbligazione. Così, lo scopo dell'istituto (la *esecuzione*, con la *garanzia* che l'assicura) dichiara questa limitazione; chiunque sia l'interessato a valersene, il proprietario della cosa, oppure altri creditori chirografari (3).

31. Altrimenti avviene, quando la cosa onerata non è in proprietà del debitore. Il rapporto patrimoniale, criterio col quale si è

(1) Queste affermazioni debbono essere completate con l'analisi che verrà fatta in seguito sulla relazione che è fra la garanzia e la obbligazione. Pare evidente, che, sebbene nella garanzia reale s'abbia il concetto di alienazione di valore, tuttavia, per la corrispondenza che è fra questo e quello ch'è contenuto nella obbligazione, la garanzia si riduca a specializzare con azione diretta l'elemento patrimoniale, in modo che lo si debba far valere immediatamente sulle cose che ne sono oggetto.

(2) Cod. civ., a. 2080; Cod. civ. fr., a. 2209.

(3) Conseguenza che deriva dall'*alienazione del valore*, costituita come *rapporto reale*.

Digitized by Google

mostrato come nella ipotesi già studiata la *esecuzione* e la *garanzia* s'uniscono, è qui affatto estraneo: la *cosa* data a sicurtà non può esserne oggetto. Esiste soltanto l'alienazione del valore, con la quale il concedente ha manifestato il potere che dal dominio gli deriva sulla cosa; e siccome questo valore è quello dell'obbligazione assicurata, si potrebbe dire di *esecuzione* contenuta nella garanzia reale, se la costruzione non contraddicesse alla proprietà dei termini impiegati: la *esecuzione* e la relazione patrimoniale che è nella essenza giuridica dell'obbligazione, sono due termini intimamente connessi. Perciò, quando la cosa onerata non fosse proprietà del debitore, il concetto della *garanzia* domina esclusivamente il rapporto (1).

E ne consegue il diritto del creditore di agire sul patrimonio del debitore, senza che, per effetto della garanzia costituita, l'esercizio della relazione patrimoniale vada incontro a restrizioni; anzi, parrebbe deduzione corretta il fare obbligo al creditore di procedere sui beni del debitore prima di agire esecutivamente sulla cosa data a sicurtà. Il *beneficium excussionis* è istituto inerente alla *garanzia*, che diventa efficace com'è seguito l'inadempimento volontario della obbligazione assicurata: e giustamente si è voluto estendere questo benefizio della garanzia personale alla reale (2). Potrebbesi affermare con qualche apparenza di verità, che basta constatare l'inadempimento, perchè si tenga avverata la condizione di nascita del rapporto di garanzia reale: e addurne in prova la tarda introduzione del *beneficium excussionis* nel diritto romano (3); ma si avverte la fallacia del ragionamento, dove si pensi che l'inadempimento della obbligazione dà pieno rilievo all'elemento patrimoniale, e la *esecuzione* nella quale si manifesta, è perciò elemento integrale del rapporto di obbligazione. Del quale si dice ch'è rimasto inadempito, quando concorrano la inesecuzione volontaria e la

---

(1) Perchè rispetto al proprietario o terzo possessore della cosa onerata, manca l'elemento patrimoniale inerente alla obbligazione; la garanzia non può quindi specializzarlo, come avviene rispetto alla cosa contenuta nel patrimonio del debitore; e mantiene perciò il suo carattere proprio di *alienazione del valore* contenuto in una cosa particolare.

(2) Conseguenza del concetto di *garanzia*, e della relazione esistente fra essa e la obbligazione assicurata. I fonti saranno indicati nello studio sugli effetti del rapporto di sicurtà reale rispetto al terzo possessore, ed al proprietario della cosa onerata, non obbligato personalmente.

(3) Egualmente nel franco. V. il rinvio fatto nella n. precedente.

Digitized by Google

inefficacia (totale o parziale, poco importa) della esecuzione patrimoniale; e questa si constata soltanto con la escussione.

Pure, altra costruzione fondata sulla natura del rapporto di garanzia reale, ne esclude il *beneficium excussionis* e lo restringe alla garanzia personale (1): nuova differenza fra i due istituti. La garanzia reale dà nascita al *diritto reale*, e traendo argomento da questo carattere, si è affermata la impossibilità di avere il rapporto diretto ed immediato con l'oggetto, se il *beneficium excussionis* vi si frammettesse; e così si ebbe un'illazione, di cui non può negarsi la contraddizione al concetto di garanzia. Vero è, che la contraddizione non è così essenziale, da snaturare l'istituto: e come nel costituire la garanzia personale è lecito il patto col quale si è voluto escludere il beneficio (2), così nel costituire la reale sarebbe egualmente valido il patto che ve lo introducesse.

Si potrebbe dubitare della bontà della costruzione proposta, quando la cosa onerata fosse escita dal patrimonio del debitore posteriormente alla costituzione della garanzia reale; la disputa non ha gravità, perchè il rapporto patrimoniale inserto nella obbligazione non ha carattere di realità; non sussiste direttamente fra la persona e le cose componenti il patrimonio, sibbene fra la persona ed il patrimonio considerato astrattamente. Quindi il potere del debitore di alienare liberamente i beni che lo compongono, e la diversità di questo rapporto dal diritto *reale* di garanzia, che segue la cosa presso qualunque possessore (3).

32. Questa diversità d'azione della garanzia reale, rispetto al patrimonio del debitore, vien meno quando il rapporto patrimoniale fosse regolato specialmente. Da astratto qual'è, potrebbe diventare concreto, se i contraenti lo restringessero a cose determinate: non si può contendere ad essi il diritto di regolare l'adempimento della obbligazione, e pattuire che la esecuzione sui beni sia limitata ad

---

(1) V. la n. che precede. Questa esclusione contiene il principio generalmente accolto nel diritto odierno. V. il rinvio fatto nella n. precedente.

(2) Cod. civ., a. 1907; C. civ. fr., a. 2121; C. civ. spagn., a. 1831; C. civ. neerl., art. 1869; C. civ. portogh., art. 830.

(3) Il *valore* contenuto nel rapporto di obbligazione, è diffuso nel *patrimonio* considerato in genere: perciò segue necessariamente la condizione in cui questo si trova per effetto della mutazione che vi apporta la volontà del debitore; salve rimanendo le limitazioni contenute nell'istituto dell'azione pauliana. V. il n. preced.; t. e nota.

Digitized by Google

una parte del patrimonio, oppure a singole cose che vi son comprese. Non si vuole con ciò affermare, che la dichiarazione di volontà fatta genericamente sopra quest'oggetto si debba intendere come se contenesse la restrizione: le rinuncie ai diritti non si presumono, e la dichiarazione può essere interpretata come obbligazione del creditore di *cominciare* la esecuzione sui beni designati. Ma nelle due ipotesi, la dichiarazione fatta in questi termini, non conterrebbe la costituzione della garanzia reale: le parti manifesterebbero la volontà di regolare in modo speciale il rapporto col patrimonio del debitore.

Parimenti, nulla vieta che sia regolata specialmente l'azione della garanzia reale, rispetto al patrimonio dov'è contenuta la cosa onerata; alienato il valore, i contraenti possono convenire che soltanto su di esso il creditore eserciterà il potere di *esecuzione*, quando il debitore tralasciasse di adempiere volontariamente la obbligazione. Così pure, potrebbero levare al creditore il divieto di procedere esecutivamente sui beni liberi dal peso della garanzia, prima di aver proceduto sugli onerati (1); ma il patto non avrebbe efficacia contro gli altri creditori, perchè dall'aver tolto la restrizione derivante dalla garanzia reale nell'esercizio pieno del rapporto patrimoniale, non deriva al creditore nessun diritto reale sui beni non sottoposti a sicurtà (2). Ma gli altri creditori possono acconsentire al patto; e potrebbero concedere al creditore anche il diritto esclusivo di procedere su questi beni, e di prelevarne il valore per il soddisfacimento del suo credito. La qual convenzione contiene soltanto la rinuncia a titolo gratuito od oneroso ad eseguire la obbligazione sui beni liberi *presenti;* e non modifica in alcuna parte il contenuto del rapporto, che riferendosi al patrimonio, non ha per oggetto beni determinati, ma quanti entreranno a farne parte prima che la obbligazione sia estinta (3).

---

(1) Cod. civ., a. 2080 cit.: v. il n. 30 in f.

(2) Non osta l'art. 2080 cit.

(3) Sul contenuto del rapporto reale di garanzia, si darà in seguito maggior notizia; v. i nn. 34 e segg. Le cose che saranno esposte, debbono essere poi completate con le ricerche sull'oggetto del pegno.

Digitized by Google

§ 3.

La entità giuridica del diritto di garanzia reale (pegno).

SOMMARIO. — **33.** Confini, e partizione dell'argomento.

33. La ricerca, ch'è stata condotta finora sul contenuto della garanzia reale, dichiara le ragioni che la distinguono dal contenuto del diritto reale di godimento, e del diritto di obbligazione, e la determina come peso sopra una o più cose determinate, contenente alienazione del valore in corrispondenza al valore della obbligazione garantita. Secondo la partizione adottata, nel considerare la garanzia in relazione al patrimonio dov'è contenuta la cosa onerata, si è mostrato qual sia la efficacia di quest'alienazione, che in un caso aggiunge forza al rapporto patrimoniale, e nell'altro assoggetta la cosa al potere così immediato del creditore, che l'azione su di essa esprimerebbe quasi meglio che il diritto di garanzia, quello di esecuzione della obbligazione; per averne ora la figura compiuta, è necessario studiarne le qualità, che, caratterizzandola, le dànno figura particolare fra gli istituti giuridici. Da queste indagini sarà specificato esattamente il rapporto, e reso più agevole lo studio (condotto prima in generale, e poi rispetto alle varie forme di sicurtà) sulla nascita, l'esercizio, e la estinzione della garanzia reale. E si terranno separatamente, sulla natura dell'alienazione; sul carattere, che ne deriva alla garanzia; e sul rapporto fra questa e la obbligazione garantita.

A.

La natura dell'alienazione contenuta nella garanzia reale.

SOMMARIO — **34.** Che significhi « alienazione del valore » — **35.** Come il potere che attribuisce sulla cosa sia distinto dalla proprietà e dal possesso. — **36.** *Obligatio rei.* — **37.** Non è alienazione rispetto al dominio considerato astrattamente, ma rispetto alla *cosa* sulla quale è effettivamente costituita la garanzia. — **38.** Conseguenza sulla idoneità delle cose incorporali di essere oggetto di pegno. — **39.** Definizione del pegno.

34. Il contenuto di *alienazione di valore* attribuito alla garanzia reale, dev'essere studiato minutamente, se si vuol dimostrare come corrisponda con esattezza al concetto di sicurtà, che per esistere non esige la trasmissione della cosa onerata al creditore pignoratizio.

Digitized by Google

In questi due termini, alienazione e permanenza della cosa nel patrimonio del debitore par che s'abbia contraddizione; provare ch'è soltanto apparente, è assicurare contro le obbiezioni possibili la nozione di garanzia reale.

A scansare la contraddizione, si potrebbe ricorrere all'elemento della *condizione,* e costruire la teoria col dare al diritto di garanzia reale l'attributo di condizionale: e sarebbe opera vana, perchè dal modo col quale è costituito, e si palesa la sua efficacia, non s'inferisce che la *condizione* sia fattore necessario della sua esistenza. Se la condizione è sospensiva, non risponderebbero all'entità dell'atto il subito effetto che la sicurtà produce sulla cosa, e la necessità di osservare tutte le formalità che nel diritto odierno occorrono per dare nascita al rapporto di garanzia reale, e non soltanto per *conservarlo;* avverata la condizione, se non ne fosse ammessa la retroattività (1), si dovrebbe tenere qual momento in cui è nato il diritto dei varî creditori, non la data dell'atto o l'adempimento delle formalità, ma quella in cui la condizione si è avverata (2), e verrebbe reso pressochè inutile l'istituto della garanzia. Se poi fosse risolutiva, l'alienazione dovrebbe produrre immediatamente il suo effetto, e quindi, la trasmissione della cosa nel patrimonio del creditore; conseguenza che contraddice all'entità giuridica dell'istituto.

La obbiezione è tolta affatto, col distinguere il rapporto giuridico della garanzia reale, e l'onere che in conseguenza grava sulla cosa, dalla separazione del valore: l'alienazione è il contenuto della garanzia perchè ne è il fine, è il modo col quale ne è manifestata la efficacia rispetto alla obbligazione garantita; ma questa virtù apparisce quando per l'inadempimento della obbligazione sia reso

---

(1) Come stabilisce ora il progetto del Codice civile germanico § 128 e segg. (e. v. *Motiv. z. d. Entw.*, I, pag. 248 e seg.): sebbene sia fatta facoltà alle parti di seguire la pratica contraria; riposando la decisione del legislatore sull'intendimento presunto di esse. La diversità della costruzione sta tutta nel modo d'intendere la volontà rispetto alla condizione, e questa rispetto al negozio: la volontà che intende al fine contenuto nel negozio, si determina con l'elemento integrale della condizione, e se considerata così, esiste fin dal giorno della sua manifestazione, la retroattività ne è conseguenza necessaria. Vero è, che d'altra parte si può dire, che, argomentando dallo stesso principio, s'è voluto solo quando la condizione s'avveri: ma il *tempo* in cui la volontà è manifestata, pare considerazione decisiva (V. ora CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 64).

(2) È la costruzione proposta dal ROGUIN, *op. cit.* cap. VI, p. 289: ma vi contraddice la entità del *pegno.*

Digitized by Google

necessario il ricorso alla esecuzione, propria od impropria (1), inerente alla sicurtà. Fino a quel momento, il rapporto si viene svolgendo sulla cosa, il valor della quale *sarà impiegato,* avverandosi l'inadempimento, a soddisfare la obbligazione; si considera il valore non qual'entità separata, ma com'è contenuto nella cosa, e perciò, oggetto dell'alienazione è il *valore generico* di essa, ossia la destinazione speciale sua all'esecuzione dell'obbligazione. In questo senso, la garanzia esiste immediatamente (2): ma la *separazione effettiva* del valore, che si ottiene con la esecuzione, è atto *condizionale,* e la condizione è l'inadempimento della obbligazione.

La dottrina esposta, infirma un'altra ragion di dubitare derivata dal concetto di alienazione: alienato il valore della cosa, non si dovrebbe concedere al pignorante il potere di gravarla di altra sicurtà, perchè il suo atto lederebbe il diritto del primo creditore pignoratizio: non è possibile esercitare oltre un diritto del quale si è già disposto a favore altrui (3). Obbiezione assai fondata, quando si ritenesse che oggetto dell'alienazione è il valore di già *separato;* da questo astrarre interamente dalla cosa, e dal considerare senz'altro il valore come oggetto distinto del rapporto, si dovrebbe trarre un'affermazione non ri-

---

(1) *Impropria*: perchè s'insiste sempre nel concetto fondamentale che la obbligazione ha per oggetto il *fatto* dell'uomo, e questo si riduce ad un valore genericamente compreso nel patrimonio: e se la esecuzione *propria* è quella che risponde all'oggetto che direttamente le parti ebbero in vista, dovrà dirsi impropria quella che, per il difetto di esecuzione propria, converte nel valore il *fatto* che senza l'intervento del debitore obbligato a compierlo, non potesse esistere. Al che parrebbe contraddire, non lievemente, la considerazione esposta, che la obbligazione è *valore patrimoniale;* lo è, ma, per l'elemento personale che è termine principale dell'istituto, esso è ottenuto mediante il *fatto* dedotto nel rapporto. Tant'è, che questo valore, quando non fosse oggetto immediato della obbligazione, si manifesta con la prestazione del danno: e però non sembra assai corretta la teoria, già ricordata, dello JHERING (in *Iharbüch.*, cit. XVIII, 41 e segg.), seguìta dal Progetto del Cod. civ. germ. (§ 206), che mentre afferma la non necessità che la obbligazione abbia per oggetto una cosa estimabile in denaro, dà l'azione di danno, soltanto quando il creditore abbia sofferto lesione patrimoniale, quando cioè abbia *interesse* a chiedere ed ottenere il risarcimento.

(2) Come rapporto reale sulla cosa, manifesta subito la virtù sua: la separazione del *valore* s'effettua poi, in seguito all'inadempimento della obbligazione. Nella garanzia personale questo inadempimento è, di regola, all'infuori cioè della rinuncia del garante, accertata mediante la esecuzione: tale è il contenuto del beneficio di escussione.

(3) La questione è esaminata nel numero seguente: e lo sarà ancora nella esposizione della nascita del diritto di pegno. V. la n. 1 della pag. 69.

Digitized by Google

spondente alla entità della garanzia reale, che cioè il pignoramento anteriore è valido, se costituito sul *valore* che potrà rimanere dopo soddisfatto il diritto del creditore anteriore. Invece, la considerazione del valore generico della cosa, risolve la difficoltà: il debitore può liberamente destinarlo allo speciale soddisfacimento di obbligazioni distinte, e la legge dichiara il modo di dirimere il conflitto occorrente fra i diversi creditori sul *valore separato* (1).

35. La esposizione fatta sul significato di *alienazione* mostra pure in qual modo la *cosa* entri a costituire il rapporto di *garanzia reale*: la quale, fino a quando la obbligazione non sia soddisfatta, od il valore non sia separato, si manifesta come *onere* su di essa. Quindi, la coesistenza di rapporti distinti, che hanno per oggetto la cosa, oppure l'onere della garanzia reale; e la possibilità, che assieme al diritto di garanzia esistano diritti di godimento di vario contenuto. Ciaschedun rapporto, sebbene concorra sulla cosa in una agli altri, ha il suo contenuto speciale, e si svolge indipendentemente: la cosa non per sè, ma come produttiva delle utilità che costituiscono l'oggetto separato dei vari diritti, è elemento materiale comune a tutti: ma, all'infuori del diritto di proprietà, non entra direttamente in alcuno di essi, chè altrimenti si avrebbe non il concorso, sibbene il conflitto dei rapporti. E ne deriva, che i diritti reali di godimento, o di garanzia costituiti sulla cosa, si toccano senza ledersi; e il possesso della cosa, ed il quasi-possesso di questi diritti (quando si abbia un diritto di garanzia possedibile [2]), si esercitano con l'azione fisica sulla cosa, sebbene poi sia diversa la posizione che essa ha nei vari rapporti: immediata o mediata, secondo che essa o pure un peso su di essa sia oggetto del diritto.

Parrebbe, che nel rapporto indiretto con la cosa sottoposta alla garanzia, si debba cercare il motivo che indusse a vietare al cre-

(1) La cosa specialmente obbligata a garanzia reale, rappresenta per i creditori pignoratizi, con maggior forza, per il vincolo della realità, quella funzione ch'è propria del patrimonio rispetto ai chirografari: non tutto il valore della cosa è alienato ad ognuno, ma il valore indeterminato di essa, in quella parte rispondente a ciascun credito.

(2) A quest'argomento s'è già accennato; ma quanto s'è detto, non può darne sufficiente notizia, che dev'essere ricavata dallo studio del diritto di garanzia in confronto del diritto di godimento, e del possesso; e delle varie forme di garanzia reale. La ricerca sarà fatta compiutamente nel trattato dell'esercizio del diritto di pegno.

Digitized by Google

ditore pignoratizio posteriore, il diritto di agire per la vendita della cosa onerata (1); l'azione è istituita per ottenere la *separazione del valore*, per liquidare il peso costituito sulla cosa, e siccome su questa il creditore anteriore ha di già il diritto reale di garanzia, la esecuzione promossa dal creditore posteriore offenderebbe il diritto del creditore che lo precede (2). Quando ciò fosse esatto, non s'intenderebbe perchè dopo la prima garanzia, sia conceduto al debitore il potere di costituirne altre; ammettere che il secondo creditore abbia acquistato il diritto di garanzia, e vietargliene l'esercizio, è contraddizione grave, nè la toglie affatto la concessione che gli si faccia di agire, purchè mantenga nella sua integrità il diritto del creditore anteriore. Non è opportuno discorrere qui argomento così grave; per il fine che ha spinto a ricordarlo ora, basterà avvertire, che la restrizione accennata non deriva dall'avere esagerato quel rapporto con la cosa ch'è contenuto nella garanzia; distinta l'alienazione generica dalla separazione effettiva del valore, s'intende che il conflitto fra i diversi creditori pignoratizi s'avvera in quest'ultima fase, e perchè con la vendita è procurata la separazione, il diritto di promuoverla deve essere regolato in relazione all'anteriorità, da cui nasce la preferenza che si fa valere sul valore separato (3).

36. Dalle cose dette, si vorrà inferire che quest'alienazione, contenuta nell'onere della garanzia reale, ha figura di *obligatio rei*? La locuzione tratta dai fonti della legge romana non esprime una idea giuridicamente esatta: il rapporto fra il creditore e l'onere sulla

---

(1) V. il rinvio fatto nella n. precedente. È questa la regola seguìta nella legge romana: e il fondamento dello *ius offerendi* attribuito al creditore pignoratizio posteriore. Come si vedrà, meglio che l'alienazione del valore, ha influito qui il concetto del rapporto reale, parimenti invalso nella costituzione di pegno fatta successivamente, sebbene la considerazione del valore abbia indicato l'espediente di concederla limitatamente al valore non alienato: a quel tanto cioè che rimarrà. I due concetti sono in relazione: perchè la *vendita* derivante dal rapporto reale risponde all'alienazione consentita per il residuo. Ma il *rapporto reale* esiste immediatamente, e sulla cosa intera: bisogna ben guardarsi dalle esagerazioni in cui son caduti MULLER, in *Archiv f. civ. P.*, XI, 388, 408 e segg.; e SINTENIS, op. cit., § 68. Del che si dirà più avanti.

(2) Cfr. la L. pruss. 13 luglio 1883, in *Ann. de legisl. comp.* 1884, p. 184 e segg.

(3) V. sopra la n. 1.

Digitized by Google

cosa è reso con evidenza plastica, ma non si può determinarlo adoperando propriamente il termine giuridico di obbligazione, senza fraintendere i principii che dànno fondamento ai due istituti. Certo, il potere di agire sulla cosa per averne il soddisfacimento del credito, parve mutazione del soggetto passivo, e nel luogo dell'adempimento non fatto dalla persona, si pose la esecuzione ottenuta con l'esercizio del diritto di garanzia; e, argomentando dal concetto di sicurtà, si osservò l'analogia della garanzia personale con la reale, esagerandola con l'unificarle nel fine economico dell'istituto (1). Al che si vorrà aggiungere la considerazione delle variazioni, che l'istituto della garanzia reale ebbe nel suo svolgimento: da principio non parve possibile, senza che a costituirlo intervenisse pure la obbligazione, e perciò nel caso di sicurtà data da un terzo, si aveva pure rapporto personale col garante, qual mezzo di poter agire sulla cosa onerata (2): poi, fu ben specializzato il concetto di diritto reale, e apparsa la garanzia quale effetto del potere di disposizione, cessò il concorso del rapporto personale; da ultimo, rimasta soltanto la relazione giuridica con la cosa, parve doversi ridurre in questa la obbligazione ch'era il vincolo personale del garante.

Ma dei concetti che servono di guida per intendere come la *obbligazione* abbia nascita e si possa estinguere, non si può giuridicamente fare applicazione veruna: la cosa non è idonea, per la natura sua, ad esser soggetto di diritto (3); ed il modo col quale avviene la *esecuzione*, che è pure limitata al valor della cosa, quando sia considerato soltanto in relazione a questa, mostra pure quanto mal

---

(1) V. il Cap. I, § 1, t. e n.

(2) V. il § 1 cit.: la nozione della *c. prædibus prædiisque* attesta dell'osservazione fatta. E nel diritto medievale lo attesta con egual forza l'istituto della *obligatio;* fosse generale o speciale, s'intende sempre la connessione sua al vincolo, al rapporto personale. In questa personalità voluta per la garanzia, dà pure molto lume l'istituto della *plegerie* dall'antico diritto francese: che (e lo si vedrà nello studio del beneficio di escussione), risponde alla concezione romana, anteriore alla legislazione giustiniana.

(3) V. ora Chironi, *Istit. di D. C.*, § 23 e gli Aut. che cita. La nozione del *titolo al portatore*, che sarà esaminata in seguito, non può contraddire a questo concetto, universalmente ammesso. Altro è poi il ricercare se possa esserlo la universalità di cose; ma ciò involge un'altra indagine, che è la entità della *persona giuridica*, della *fondazione* in ispecie, e della considerazione in che dalla legge è tenuta la *eredità giacente* (V. ora su questa materia, Dusi, *La eredità giacente*, Torino, 1892).

Digitized by Google

s'invochi la figura della obbligazione, per caratterizzare il rapporto di garanzia reale. D'altronde, non la cosa per sè, sì bene il valore che vi è contenuto, è l'oggetto vero, diretto della relazione; e se il valore, specializzato in minore o maggior grado secondo i vari tempi del rapporto (1), è distinto dalla cosa, in qual modo si può affermare che sia questo il soggetto passivo di un preteso rapporto di obbligazione? è corretta la costruzione giuridica, in cui la *cosa* è *obbligata* a dare una somma che è il valor suo?

La teoria può riapparire sotto nuovo aspetto, quando si riferisca la obbligazione alla persona cui spetta la cosa onerata; se il valore pecuniario è oggetto della garanzia, è pure il fine ultimo, mediato della obbligazione in genere, e perciò il rapporto di sicurtà reale contiene la obbligazione di chi è tenuto a dare una parte di valore patrimoniale. Costruzione inesatta: anche nella ipotesi di sicurtà costituita su cosa propria del debitore, il potere del creditore non deriva dalla relazione che si estende in genere all'intero patrimonio, ma dal diritto reale, che, specializzandola rispetto a cose distinte, dà la entità della garanzia; nè la persona cui appartiene la cosa onerata è soggetto passivo della obbligazione di *dare un valore patrimoniale*, perchè, in conseguenza del pegno, il valore della cosa è oggetto del diritto reale compreso nel patrimonio del creditore (2).

37. Ma se non è *obligatio rei*, avrà la garanzia reale figura giuridica di *obligatio ob rem*? La questione sarà largamente studiata (3): qui basterà avvertire, che, dove si consideri l'istituto come *peso* sulla cosa, e si badi all'*oggetto* di quest'onere, il pegno può esser posto fra le *obligationes ob rem*, ma con locuzione poco propria: perchè si deve distinguere, a parlarne correttamente, l'onere reale dal rapporto di obbligazione, anche se esistente *ob rem*. Il quale avviso, dà occasione di precisare ancor più la distinzione segnalata fra i due

---

(1) La decorrenza degli interessi, compresi nel *valore alienato*, può dare maggiore o minore gravità a questa specializzazione.

(2) Il valore che cade nella garanzia, è quello che direttamente, o indirettamente è dedotto nella obbligazione garantita: ma i rapporti patrimoniali che derivano dai due negozi sono distinti, e dànno perciò luogo a due *diritti* patrimoniali separati.

(3) Si è già avvertito, qual sia il significato che, secondo lo spirito dei fonti, dev'essere dato alla locuzione *obligatio rei:* terminologia passata poi nel diritto germanico e nel franco, ma con diverso significato nello svolgimento successivo dell'istituto.

Digitized by Google

stadi della garanzia (1), secondo che la si consideri prima o durante la *separazione* effettiva del valore: nel primo periodo, il valore della cosa è addotto genericamente nel rapporto, e qualunque esso sia in realtà, la garanzia ne induce l'alienazione proporzionata al valsente della obbligazione garantita. Questo è il valore, ch'è oggetto del peso costituito per la sicurtà della obbligazione.

Tale è il contenuto della garanzia reale; alienato il valore della cosa nella proporzione riferita, il diritto di proprietà su di essa (2) vien trasmesso con la diminuzione rispondente al peso che vi è stato costituito. Il peso, per il contenuto che ha, può essere tolto col soddisfacimento pecuniario (alienazione di valore) dell'obbligazione garantita: come il creditore ha diritto di procedere sulla cosa, sebbene passata nel dominio di un terzo, per la natura del rapporto nascente dalla sicurtà, così, chiunque l'abbia acquistata puó liberarla, pagando il valore assicurato (3).

Parrebbe, traendone argomento da questa costruzione, che il peso non gravi sulla *cosa,* ma sul dominio inteso astrattamente, che contenga cioè la diminuzione del diritto spettante su di essa al debitore, od a chi vi costituì la garanzia, e perciò il dominio trasmesso nei successivi acquirenti contenga soltanto i poteri che rimangono dopo costituito il pegno. Teoria pensata nello studiare la natura della sicurtà reale (4), e nell'esame di una questione particolare, che è la concessione valida di pegno su di una servitù costituita o da costituire (5): ma, in ambi casi, non può essere accolta. E lasciando ora da parte il secondo, del quale si dirà nella parte speciale: rispetto al primo, si deve osservare, che dal pegno non deriva tal diminuzione dei poteri componenti il diritto del soggetto cui appartiene la cosa pignorata, da potersi determinare l'ampiezza alla quale son ridotti. D'altronde, o s'intende il diritto qual rapporto con la cosa che ne è oggetto,

---

(1) V. il n. 34, t. e n.

(2) La immanenza del rapporto di proprietà, malgrado le *modificazioni* che vi possono essere costituite, è stata pure avvertita: s'intende dal rapporto giuridico inteso astrattamente. V. CHIRONI, Ist. di *D. C.*, § 160.

(3) Da questa operazione il creditore non patisce offesa: il suo diritto è ristretto ad un valore determinato.

(4) BREMER, op. cit., p. I, B, 2, a: p. 59 e segg.

(5) Cons. specialmente VANGEROW, op. cit., § 367; WINDSCHEID, op. cit., § 227; BREMER, op. cit., p. II, § 5, pag. 202: BÜCHEL, *Erörter.* II, pag. 425 e segg. La questione speciale sarà studiata quando s'esporrà l'oggetto del diritto d'ipoteca.

Digitized by Google

e allora non si può, senza errore, non tener conto di questa nella considerazione del rapporto costituito su di essa: cosicchè, col dire del *peso* esistente rispetto al diritto, vien significato il peso gravante sulla cosa, senza la quale il diritto non esiste. O s'intende il diritto come entità distinta dal rapporto, riferentesi solo al potere derivante dal rapporto con la cosa; e sebbene ancor qui la considerazione della cosa entri necessariamente nel concetto di tal potere, basterà di avvertire che il *diritto* in senso così astratto ha natura di cosa incorporalissima. Non solo da questa costruzione si dovrebbe inferire la possibilità di costituire il pegno su cose incorporali (1), ma ne deriverebbe pure una proposizione affatto contraria alla natura giuridica del rapporto, al quale si dovrebbe dare la qualità di *personale* o di *obbligazione*. Se non si esamina la nozione del diritto considerando la natura della cosa ch'entra nella costituzione del rapporto, cessa la ragion di distinguere il diritto *reale* sulla cosa altrui, dal diritto di obbligazione.

38. Questa obiezione, fondata sulla entità della garanzia reale, e sul carattere che dalla teoria impugnata deriverebbe al *diritto onerato*, racchiude un concetto che si estende oltre la dottrina che l'ha suggerito; che cioè le cose incorporali non sono oggetto idoneo di garanzia reale. Se questa è *peso* contenente una determinata utilità della cosa, come si potrà costituire su di esso un altro peso? come su cosa incorporale, si potrà costituire un rapporto che ha per oggetto altra cosa incorporale? Il concetto di *onere reale* richiede necessariamente una cosa corporale sulla quale si esplica: risultanza, com'è, della destinazione speciale di una o più utilità derivanti dalla cosa, si manifesta col rapporto su di essa, perchè la utilità prodotta è figurata giuridicamente come entità distinta da lei, ma non ne è materialmente separabile. Ragionamento esatto anche nel discorrere della garanzia reale; finchè il valore non vien *separato* (e questa separabilità la distingue dagli altri oneri reali [2]), essa ha per contenuto una data *utilità* della cosa, e ne è un peso;

---

(1) V. il n. seguente.

(2) Le questioni che ora son state accennate appena, al fine di dare compiutamente la esposizione e la critica della teoria esposta, saranno svolte in seguito: della prima si dirà nel trattato dell'oggetto del pegno; dell'altra nella ricerca sul rapporto che è fra l'*onere reale* in genere, ed il *pegno*.

Digitized by Google

è dunque necessaria, per la sua esistenza propria, la cosa corporale, su cui esplica la sua virtù di alienazione generica del valore, e che segue costantemente fino all'estinzione della obbligazione garantita.

La qual proposizione si riferisce, come si è avvertito, alla esistenza *propria* del pegno. Perchè non bisogna confondere col pegno (o garanzia reale) considerato giuridicamente, altri rapporti che possono avere a scopo la sicurtà, ma che hanno una struttura giuridica distinta: in questo senso si deve intendere la regola così lata *quod emtionem venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest* (1), dove il termine *pignoratio* significherebbe i rapporti che hanno per fine economico la sicurtà. Ora, è certo che il pegno può essere validamente costituito sopra un credito, come poteva esserlo sopra una servitù costituita, ed anche da costituire, e questo principio valeva nel diritto romano anche per la servitù reale; e sopra un pegno (2): cose tutte incorporali.

Quando si restringesse la nozione giuridica del pegno al concetto di alienazione del valore, vi si potrebbero comprendere anche queste figure speciali; ma per la correttezza della costruzione bisognerebbe escluderne la figura di *peso sulla cosa;* è possibile questa esclusione? Si è già mostrato che non lo è; altrimenti, il pegno non potrebbe mai avere il carattere di diritto reale: nè risponde alla unità della sua natura giuridica, che lo sia qualche volta e qualche altra sia soltanto un diritto personale (3). Cosicchè, il pegno proprio, giuridicamente inteso, esiste quando è costituito sopra una *cosa corporale:* negli altri casi si ha un rapporto che giuridicamente è distinto dal *pegno*, sebbene questo ne sia il risultato economico. Si ha cioè una *cessione:* la quale, tenuto conto dell'elemento della *garanzia*, si presenta con caratteri speciali, che verranno definiti nel trattato delle cose che si possono sottoporre a pegno.

39. Dalle cose discorse fin qui si traggono queste conseguenze: il pegno (sicurtà, o garanzia reale) è rapporto giuridico che ha per oggetto l'*onere* sulla cosa; *contiene* l'alienazione generica del valore di essa, in *quantità* rispondente al valore della obbligazione, perchè la sicurtà di questo è il fine economico e giuridico dell'istituto.

---

(1) LL. 9, § 1; 24 D. *De pignorib.* (XX, I).

(2) Del *pignus nominis* e del *subpignus*, si dirà nel trattato del *pegno* proprio; del *pignus servitutis* nel trattato della ipoteca.

(3) V. il pres. §, B.

Digitized by Google

B.

Il carattere del rapporto di garanzia.

SOMMARIO. — **40.** Che segue dell'essere la garanzia *onere* sulla cosa. Se identica, o diversa sia la natura giuridica del pegno sulla cosa, e del pegno dei diritti. — **41.** Teorie insegnanti la *unità* del concetto giuridico di pegno. Critica. — **42.** Teorie che distinguono il pegno sulla cosa ed il pegno dei diritti. Critica. — **43.** Teoria proposta. Il pegno è diritto reale. — **44-45.** Conseguenze.

40. I risultati ottenuti dalle ricerche fatte, mostrerebbero che il pegno è *diritto reale costituito sulla cosa* per la sicurtà di una obbligazione: e s'intende che questo carattere gli spetta quando pesa su di una cosa corporale, perchè, come s'è avvertito, non si può accogliere giuridicamente il concetto di onere su di cosa incorporale ; si dovrà inferirne che il pegno ha doppia natura, e, a seconda dell'oggetto è diritto reale, o di obbligazione?

Le ragioni esposte nello studiare se le cose incorporali siano oggetto valido di pegno (1), dichiarano già quale risoluzione paia più corretta ; ma la questione che si riferisce al fondamento dell'istituto, è talmente grave, da non potersene tralasciare l'analisi. Alla quale dà i primi materiali il diritto romano, con la distinzione del *pignus rei* dal pegno dei diritti (2) ; perchè, o il *pignus rei* ha carattere proprio, e allora la necessità di ricercare, in qual modo la identica nozione generale si possa manifestare con due forme contraddittorie nel contenuto rispettivo; o il carattere giuridico del pegno è lo stesso nei due casi, e la contraddizione, non che tolta, acquista evidenza maggiore. La difficoltà è compresa nel diritto romano e nell'odierno, nei medesimi termini; alquanto più ristretti in quest'ultimo, perchè minore il numero dei diritti ai quali è adattata la nozione del pegno.

Il linguaggio adoperato nei fonti non risolve la questione: la voce *pignus* serve egualmente nelle due ipotesi di pegno sulla cosa e

---

(1) V. il n. 38.

(2) Così, v. L. 19 D. *de d. inf.* (XXXIX, 2), L. 30 D. *de nox. act.* (IX, 4); e cfr. con L. 18 *de pign. act.* (XIII, 7); L. 11, §§ 2, 3; L. 12; L. 13, § 2 D. *de pign.* (XX, 1); L. 7 *C. de her. v. act. vend.* (IV, 39); L. 2 *C. quae res pign.* (VIII, 17); L. I *C. si pign.* (VIII, 24).

Digitized by Google

pegno del diritto, ma nella terminologia son distinte le due espressioni « *pignus rei* » e « *pignus nominis* », s. *servitutis*, s. *pignoris* (1); non si può quindi inferirne, che nella estensione dell'istituto del pegno ai diritti ne sia rimasta modificata la entità giuridica: chè anzi son compresi nella regola generale, dove si fa oggetto valido di pegno ogni cosa alienabile. Nell'indagarne il contenuto, per misurare la idoneità di essa come elemento da impiegare nella costruzione giuridica dell'istituto, sorge il dubbio, e grave, se la locuzione *pegno* non sia adoperata intendendo meglio al significato economico, o generico di garanzia, che al giuridico: vero è poi, che mediante la *cessione* vien manifestata l'alienabilità del diritto; ma rispetto al contenuto del pegno di diritti, si deve osservare come i fonti vi accennino non per constatare la possibilità di ridurre in valore, con la vendita, l'oggetto del pegno, ma per attribuire al creditore pignoratizio l'*esercizio* delle ragioni spettanti al debitore o al terzo pignorante (2). La virtù singolare che il pegno ha in questo caso, ne mostrerebbe il contenuto distinto da quello del *pignus rei:* diversità che ha dato argomento alla questione sulla natura giuridica del pegno: è diritto reale? è diritto di obbligazione? è l'uno e l'altro, secondo la natura della cosa che n'è oggetto?

Le teorie proposte si possono assegnare a tre gruppi principali: teorie che affermano la unità giuridica del pegno, e queste argomentano specialmente dal concetto di garanzia; teorie che separano il pegno sulla cosa, dal pegno dei diritti; e finalmente, teorie che riconoscono soltanto una certa unità giuridica nel concetto del pegno, a causa delle anomalie osservate nel pegno dei diritti.

41. Fra le teorie che attribuiscono al pegno una sola figura giuridica, qualunque ne sia l'oggetto, vuol essere dapprima ricordata quella che lo pone fra i *diritti reali* (3). Costruzione non facile, quando si pensi al consenso di pressochè tutti gli scrittori sulla en-

---

(1) V. la n. precedente. V. pure L. 16 *D. de servit.* (VIII, 1); L. 26, § 6; 27, § 1. *D. de nox. act.* (IX, 4); L. 40, § 2 *D. de pign.* act. (XIII, 7); L. 11, § 2; 13, § 2; 15, 20, *D. de pign.* (XX 1); L. 15, §§ 8, 9 *D. de re jud.* (XLII, 1); L. 7 *C. de hered. vend.* (IV, 39); L. 4 *C. de pign.* (VIII, 17).

(2) La letteratura su questi argomenti sarà esposta nello studio delle cose suscettibili di pegno e d'ipoteca. V. il rinvio fatto nella n. 2 della pag. 73.

(3) Cons., specialmente WINDSCHEID, op. cit., § 224; DERNBURG, op. cit., § 12; PUCHTA, op. cit. (*Pand.*), § 193; BREMER, op. cit., p. I; SOHM, op. e l. cit.

Digitized by Google

tità del diritto reale (1), contenente il potere che si esplica su di cosa corporale; perciò, la teoria che abbraccia le varie manifestazioni del pegno in un solo concetto giuridico, comincia dal modificare fortemente la nozione del diritto reale, non restringendolo a significare il potere diretto ed immediato sopra una cosa corporale. E nell'argomento del pegno, studiato secondo la legge romana, la teoria adduce ragionamenti speciali a sostegno di questo giudizio: perchè nel pegno dell'usufrutto afferma spettare al creditore pignoratizio l'azione utile ipotecaria, e così pure nel pegno del diritto di enfiteusi e di superficie, nel pegno di un credito, e nel suppegno (2): ora, l'azione ipotecaria è esercizio del diritto reale di pegno, e quindi la possibilità giuridica di costituire un diritto reale sopra un altro diritto. Queste proposizioni, che saranno esaminate, con maggior ampiezza, nel discorso sull'oggetto del pegno, non soccorrono efficacemente l'assunto principale della teoria: lasciando da parte le figure, del pegno di usufrutto, di servitù reale, di enfiteusi e di superficie, perchè la entità del rapporto e le ricerche puramente storiche determinano qual *cosa* sia posta in potere del soggetto, negli altri, la teoria non è corretta, e accusa il difetto di un compiuto lavoro esegetico dei fonti. Nel suppegno, il creditore suppignoratizio esercita l'azione, non come derivante da rapporto reale costituito in favor suo, ma dal pegno: altrettanto avviene nel caso del pegno di credito garantito da sicurtà reale: e nel pegno di un credito, l'azione è quella personale derivante dal rapporto di obbligazione. Certo, perchè in questi casi la *garanzia* è il *motivo* del rapporto, non si può contendere che qualcuna della sua virtù non apparisca nell'azione del creditore; ma si andrebbe errati, quando s'affermasse che l'elemento della garanzia dà qui il contenuto speciale di un rapporto reale.

La critica dei ragionamenti accessorî contribuisce a dar evidenza alle mende dell'argomento principale; il concetto di diritto reale esige una cosa sulla quale il potere della persona si esplica direttamente, od in vista di una utilità determinata che deriva da essa: nè ciò è possibile, se la cosa non è corporale; nel diritto odierno (3), soltanto col *titolo*

---

(1) Confr. WINDSCHEID. op. cit., § 36.

(2) V. il rinvio fatto nella n. 54 della pag. precedente. V. su questa affermazione, BREMER, op. cit. p. I, B, 4, pag. 119 e seg.; ed i testi che cita.

(3) La teoria del titolo al portatore sarà svolta in seguito.

Digitized by Google

al portatore è attribuito questo carattere al diritto di credito. Se la teoria impugnata fosse vera, bisognerebbe ridurre qualunque rapporto patrimoniale alla figura del diritto reale, che designando la *proprietà* ed i diritti costituiti su di essa, conterrebbe pure il diritto derivante dal rapporto di obbligazione, e perciò sarebbe *proprietà* anche il diritto del creditore: altrimenti, ristretto il concetto di proprietà alle cose corporali, la costruzione giuridica del diritto reale, non può essere estesa oltre questo limite, e allora mal s'intende come si possa costituire un diritto reale sul *diritto* nascente dalla obbligazione. A ciò ripugna il contenuto del dominio: il rapporto fra il creditore e il debitore, e l'altro fra il creditore ed i terzi che avessero impedito illegalmente il debitore di adempiere alla obbligazione, sono affatto diversi dal rapporto esistente fra la persona e la cosa assoggettata al suo potere.

Questa teoria parve ottenesse miglior consistenza da un altro modo d'intendere il rapporto reale contenuto nel pegno dei crediti; non il credito per sè, qual cosa incorporale, ma la *cosa* dovuta ne sarebbe l'oggetto; quindi, il diritto del creditore pignoratizio a tenersi, nel caso di prestazione monetaria, la quantità di moneta necessaria al soddisfacimento del suo credito, perchè la natura della moneta e lo scopo della vendita nell'istituto del pegno, rendono qui inutile il ricorso alla esecuzione: oppure, ad avere il pegno sulla *cosa*, se altro fosse l'oggetto del credito dato in garanzia (1). Contro la qual costruzione si osserva, che contraddice alla natura del diritto di credito: se il pegno di questo diritto si dovesse subito riferire alla *cosa* che ne è oggetto, bisognerebbe consentire al creditore, in virtù della obbligazione, il diritto *sulla* cosa dovuta, e non *alla* cosa, ossia al *fatto* del debitore. Ora, se nella specie il diritto alla prestazione (credito) è oggetto del pegno, si può affermare che questo esiste, come diritto reale, sulla *cosa* dovuta al pignorante? Vero è, che se il debitore della cosa ne facesse *validamente* la consegna

(1) L. 16, § 2; 40, § 2, *D. de pign. act.* (XIII, 7). L. 13, §§ 2, 3; 31, *D. de pign.* (XX, I); L. 15 *D. qui pot. in pign.* (XX, IV); L. 1, 2 *C. si pign.* (VIII, 24). Cons. la GLOSSA su queste due L., e sulla L. 13, § 2 cit.; DONELL., op. cit., c. VIII; NEGUSANTIUS, op. cit., p. 2 e segg. 3, n. 19; BACHOVIUS, op. cit., p. 2, cap. 9; VANGEROW, op. cit., § 368; BRINZ, op. cit.; SCHILLING, op. cit., § 206, n. in f.; HUSCKKE, in *Zeitschr.*, cit., XX, p. 222 e segg. La questione sarà esaminata nello studio sulla entità giuridica del *subpignus*.

Digitized by Google

al debitore pignorante, il creditore pignoratizio avrebbe il diritto di chiederla per tenerla a titolo di pegno (1): ma l'azione è fondata non sulla garanzia reale, ma sulla obbligazione già consentita dal debitore di *dare in pegno* (2).

42. Altre teorie spiegano la unità giuridica del concetto di pegno argomentando dallo scopo, che è la garanzia: è perchè questa si risolve nel diritto ad ottenere il valore della cosa onerata, si vuole che il contenuto dell'istituto sia identico, qualunque sia la natura della cosa data in pegno. Alla quale conseguenza alcuni giungono proponendo che la *obbligatio rei* sia vera obbligazione (3): e nel discorso sulla differenza che corre fra questo rapporto e la garanzia reale, venne dimostrata la erroneità della proposta; altri vi arriva (4) fondandosi su di una speciale partizione dei diritti, e attribuendo alla garanzia reale un carattere, in cui si confondono le qualità di diritti che, secondo lo spirito della classificazione, sarebbero repugnanti fra loro: e i difetti di questa teoria vennero di già rilevati. Si volle modificarla, lasciando intatta la classificazione dei diritti patrimoniali comunemente ricevuta, e fondandola tutta sul *valore* della cosa: questo sarebbe in ogni caso il contenuto del pegno, sebbene poi si possa manifestare sotto le apparenze di diritto reale o di obbligazione; la qual partizione si riferirebbe non alla entità, ma alla *forma esterna* dei rapporti giuridici (5). Asserzione inesatta, perchè la classificazione è fondata sulla natura generale dei rapporti, ed esprime qual relazione esiste fra gli elementi di cui constano; d'altronde, con la costruzione proposta, la unità esiste solo in apparenza, perchè se l'identico scopo che è la garanzia, non impedisce che i rapporti, nei quali è contenuta, siano giuridicamente distinti, si deve inferire che questo scopo non è la vera *causa* unica dell'istituto, ma è motivo generale, è fine economico, che può essere ottenuto con rapporti

(1) L. 13, § 2 *cit.*

(2) Conseguenza che dev'essere chiarita con la teoria che sarà esposta sulla natura del pegno del credito.

(3) V. il n. 36 e le note. Cons. la dottrina del BRINZ, *Pand.*, § 82: che muove da un concetto speciale della obbligazione in genere. Su questo argomento, v. pure ROGUIN, op. e p. cit.

(4) Come ha tentato SOHM: v. il n. 27 e le note.

(5) Su questi punti, v. buone osservazioni nella dissertazione di SPIEGEL, *De j. pignoris a., singillatim subpign. speciei natura* (Berolini, 1869), p. 42 e segg.

Digitized by Google

speciali, diversi. Se in un caso il pegno ha figura di diritto reale, e in altro di diritto d'obbligazione, si può correttamente affermarne la unità giuridica? Certo, del concetto di garanzia si dovrà tener conto per definire con esattezza il carattere del rapporto di obbligazione col quale s'è voluto costituirla, ma da questa proposizione ad affermare che il rapporto debba essere identico al diritto reale di garanzia, corre assai.

43. È affine alle teorie discusse un'altra teoria che vorrebbe scansare le obbiezioni avvertite, senza abbandonare affatto il concetto della unità del pegno; distingue il *pegno sulla cosa dal pegno di un diritto*, ma aggiunge che vi è molta analogia fra di essi (1). Dal quale giudizio, la questione non è giuridicamente risoluta: perchè, o il termine di *analogia* è adoperato in modo vago, e non soccorre alla costruzione dell'istituto; tanto varrebbe il dire, che il fine economico è identico, qualunque sia la natura della cosa data in pegno, e ciò è pur vero nel confronto della garanzia reale con la personale, nonostante la entità propria di ciascheduna. O il termine è adoperato a significare la corrispondenza degli elementi principali, e quindi dell'insieme, fra le due costruzioni relative al pegno sulle cose ed al pegno di un diritto, e l'affermazione deve essere giustificata, col dimostrare come nei due casi la relazione si svolge analogamente. Dimostrazione non possibile: troppa è la diversità che li separa, perchè il contenuto del rapporto s'atteggia con varia figura, secondo la natura speciale dell'oggetto.

44. Per le quali considerazioni, apparisce chiaramente la impossibilità di dare al pegno unità d'istituto giuridico, qualunque cosa ne sia l'oggetto, a meno che si respinga la partizione ricevuta dei diritti patrimoniali, o se ne muti il significato. Non si può contendere, (come venne posto di già in rilievo) che il concetto di garanzia determini alcune regole speciali alla *cessione* contenuta nel cosidetto *pegno del credito*, e che a tale influenza si debba attribuire la origine di questa locuzione, e la estensione al credito dell'altra di « *dare a pegno* »; la terminologia della legge romana, indusse già gli antichi interpreti a non distinguere con la dovuta precisione il

(1) Cons. specialmente ARNDTS, op. cit., § 364; SPIEGEL, *diss. cit.*; BÜRKEL, in *Pözl. Krit. Vierteljahrsschr.*, XI, 218.

Digitized by Google

pignus rei dal *pignus nominis*, che è tuttora grave argomento di disputa. Ma la concessione fatta dà i criteri necessari a sciogliere la difficoltà, e costruire giuridicamente l'istituto del pegno.

Che è diritto *reale* quando ne sia oggetto una cosa corporale: e siccome soltanto in questa ipotesi esiste il concorso dei requisiti dal quale trae figura propria, distinta, si può asserire che il pegno è diritto reale. Rimane così escluso dal concetto di pegno il *pegno del credito*, che veramente è cessione condizionale fatta a scopo di garanzia: quando si volesse tener conto del fine, si potrebbe adoperare la locuzione *pegno del credito* per qualificare il negozio, ma la terminologia sarebbe inesatta, perchè contenuto diretto del rapporto è la cessione. Il concetto della garanzia, la destinazione speciale di parte del patrimonio al soddisfacimento di una obbligazione, occorre pur qui; e perchè la destinazione è effettuata con la cessione, così, mentre nel pegno propriamente detto, il rapporto di sicurtà reale costituito fra la persona e la cosa assume una figura determinata, qui il rapporto è qualificato dalla cessione: il concetto di garanzia modifica a sua volta il contenuto della cessione, ma questa è sempre il sostrato giuridico del rapporto. Il quale argomento verrà studiato altrove (1): qui basterà di osservare, che dicendo del pegno non si accenna al solo fine economico dell'istituto, perchè nel costruire la *cessione fatta a titolo di pegno*, si rivela in qualche modo l'azione del concetto giuridico di garanzia reale.

45. Qualificato il pegno, propriamente detto, come diritto reale, e ciò in seguito alla distinzione del *pignus rei dal pignus nominis*, è necessario indagare se la qualità di mobile o d'immobile che ha l'oggetto del rapporto, gli conferisce il carattere di diritto reale mobiliare od immobiliare: cosa incorporale, la determinazione di questa qualità è fatta per riflesso di quella che ha l'oggetto cui si riferisce. La gravità della questione, è spiegata non soltanto dalla ragion di distinguere in generale le cose mobili dalle immobili (2), ma anche dalla relazione di accessorietà che si afferma esistere fra la garanzia reale e l'obbligazione assicurata (3); e se ne vorrebbe inferire la natura mobiliare del diritto di garanzia, nè si bada alla varia

(1) Nel trattato dell'esercizio del diritto di pegno.
(2) V. CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 46.
(3) V. il pres. §, C.

Digitized by Google

qualità della cosa onerata, perchè scopo della sicurtà è il soddisfacimento del credito, cosa mobile. Costruzione inesatta assai: il concetto di accessorietà non ha valore assoluto nel definire il rapporto fra la obbligazione e il pegno che l'assicura, ripugnandovi la entità della garanzia reale, che si svolge in relazione alla obbligazione garantita, senza dipenderne strettamente: i due rapporti giuridici non si confondono, e la obbligazione considerata come elemento principale, non dà al pegno il carattere di rapporto personale. Lo scopo della garanzia è il termine che li unisce, ma ognuno serba il contenuto giuridico proprio: e la natura del pegno vuol essere esaminata con riflettere ai fattori che lo costituiscono.

Si potrebbe addurre a sostegno di questa dottrina, che il pegno ha per oggetto un *valore*, determinato dalla quantità dedotta nell'obbligazione, o risultante dalla liquidazione del danno dovuto per l'inadempimento di essa; e l'argomento è ben fondato, come quello che è tratto dal contenuto del rapporto. Ma il *valore* non può esservi considerato diversamente da quanto avviene nello studiare la entità dell'istituto, e questo necessario riavvicinamento di concetti, permette di risolvere la questione con esattezza: finchè si tien conto del valore contenuto genericamente nella cosa, e oggetto del rapporto è un *peso* su di essa (1), la qualità mobile od immobile della cosa determina le qualità del diritto: ma quando vien considerato il valore qual cosa distinta, in quanto cioè si vuol *separarlo*, dalla cosa osservata, il rapporto si esplica su di una cosa mobile, e questo è il carattere dell'azione con la quale viene iniziata la procedura esecutiva contro la cosa pignorata (2).

---

(1) La relazione dei due concetti di *onere reale* e *pegno* sarà sviluppata più avanti.

(2) Cons. sulla natura dell'ipoteca, e dell'azione ipotecaria, POTHIER, *Tr. des choses* (ed. cit.), p. II, § 2; *Tr. de l'hypoth.* c. 1, s. 2, § 1; DURANTON, *Cours de droit français* (V, 117; XXIX, 241); MARCADÈ et PONT, op. cit., sugli art. 526, 529; e AUBRY et RAU, *Cours de droit civ. franç.* (4ª éd. 1869-79), § 165; LAURENT, *Principes d. dir. civ. franç.* (3ª éd., 1869-78), V, n. 486; DEMOLOMBE, *Traité de la distinct. de biens* (4ª éd.), X, 471 e segg. PACIFICI-MAZZONI, *Tratt. della distinzione dei beni*, n. 7; PONT, op. cit., I, 327; TROPLONG, op. cit. I, n. 386, 2°; Cod. civ. it., a. 415, 418; C. civ. fr., a. 526, 529; C. civ. della Rep. arg., a. 2117 in f.; C. civ. del Basso Canadà, a. 387, 388. Cfr. C. civ. spagn., a. 336; C. civ. port., a. 375, 2°; C. civ. del Chilì, a. 579, 580; C. civ. del Messico, a. 782, 8°; C. civ. dell'Uruguay, a. 424. 426.

Digitized by Google

C.

I caratteri del diritto di pegno, posti in relazione con la obbligazione garantita.

SOMMARIO. — **46.** Se dal concetto di garanzia deriva che il pegno è istituito accessorio della obbligazione garantita. — **47.** Se il rapporto di pegno si svolge indipendentemente dalla obbligazione. — **48-52.** La relazione fra i due istituti: come nasce e si svolge. — **53-54.** Conseguenze rispetto ai caratteri del pegno: enumerazione di essi.

46. La obbligazione, e la garanzia reale che ne assicura la esecuzione, sono due istituti in tal corrispondenza fra loro, da parere che senza la obbligazione non sia possibile la garanzia, e però tolta quella anche questa debba venir meno: nello scopo della *garanzia* si vidde la causa di una specie di dipendenza del rapporto di pegno dal rapporto di obbligazione, e si affermò da molti, senza approfondire l'asserzione, che il pegno è istituto *accessorio* della obbligazione garantita (1). Pongasi per il momento da parte la poca convenienza

---

(1) L. 43 *D. de Solut.* (XLVI, 3). Cons. AVERANIUS, *Interpr. iuris* (Lugd., 1753), II, 12, 1. NEGUSANT., op. cit., p. 6, 1 m., n. 5; DONELL., *De pignorib.* (ed. cit.), c. 3; BALDUINUS, *De pignorib. et hypoth.* (Lugd., 1612); cap. 2; BACHOVIUS, op. cit., II, 1, n. 1; VANGEROW, op. cit., § 364; WINDSCHEID, op. cit., § 225; ARDTS-SERAFINI, op. cit., § 364; SCHILLING., op. cit., § 204; GESTERDING, op. cit., § 3; SINTENIS, op. cit., § 3; DERNBURG, op. cit., § 1; JOURDAN, op. cit., cap. XXII, in pr. p. 208; PERSIL, *Rég., hypoth.* (ed. 1833) s. l'art. 2114, 2°; DURANTON, op. cit., XIX, 242; AUBRY et RAU, op. cit., § 283, 3°; COLMET DE SANTERRE, *Cours. an. de C. civ.* (éd. 1880), IX, n. 75 *bis* III; LAURENT, op. cit.; PONT, *Privilèges et hypoth.* (MARCADÈ et PONT, ed. cit.), I, s. l'a. 2114, 2132; TROPLONG, *D. privilèges et hypoth.* (éd. V), s. l'a. 2114, 2132; THEZARD, *Nantiss., privil. et hypoth.* (éd. 1890), n. 35; ROTH, *Syst. d. deutschen Privatr.* (Tubing., 1866), III, § 293; HUBER, *Syst. u. Gesch. d. Schweizer. Privatr.* (Bazel, 1889), III, § 89; ACHILLES, *D. possess. Ges. üb. Grundeigenth. u. Hypothekenr.* (ed. 1882), p. 152 e segg. DIAS-FERREIRA, *Cod. civ. portug.* (Lisb., 1872), II, p. 331; LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito de Cousas* (Rio de Jan., 1877), § 177, 2. Cfr. CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 212; *Quest. di Dir. civ.* (ed. 1890), p. 249 e segg.

Ma s'osservi, che di questi Autori, molti, pure adottando la locuzione di rapporto *accessorio*, avvertono la indipendenza del pegno come rapporto reale; specialmente nell'esaminare, se la legge romana consenta in qualche caso, la sopravvivenza del pegno alla estinzione del rapporto garantito. Il carattere dell'accessorietà sarà nuovamente studiato nella ricerca della separabilità del pegno (in genere) dal credito che ne era garantito in origine.

Digitized by Google

del concetto di *accessorietà* al pegno; quando non sia analizzato il contenuto di questo istituto, due argomenti, gravi, dedotto l'uno dall'idea di *garanzia*, l'altro dal paragone fra la garanzia reale e la personale, dànno valore alla costruzione del « *rapporto di dipendenza* ». Dapprima la garanzia: siccome il pegno (e s'avverta ancora che questa locuzione è tolta qui nel suo significato più generale) è modo di assicurazione del credito, pare che debba seguirne sempre le sorti; costituito per garantirne la esecuzione, deve risentire l'effetto di qualunque causa influisca sulla entità di esso. Poi, il paragone accennato: la fideiussione è istituto dipendente dalla obbligazione garantita, e perchè la garanzia reale ha strettissima analogia con la personale, le si conviene, come avviene per questa, il carattere di rapporto dipendente dal credito assicurato. I quali due ragionamenti manifestano una sola idea, giusta nella generalità che vi è contenuta, ed esagerata, e perciò erronea, nelle applicazioni particolari: e cioè, la *garanzia*, che spiega la relazione fra il pegno e il credito assicurato, e l'analogia fra la garanzia reale e la personale: ma è concetto insufficiente al bisogno, perchè la garanzia reale, malgrado il fine economico comune, ha un contenuto proprio che la distingue dalla personale. Lo scopo della garanzia non induce la confusione del rapporto nel quale si manifesta, con quello che deve essere assicurato: osservazione esatta anche rispetto alla garanzia personale, perchè la obbligazione del fideiussore diventa efficace quando sia avvenuto l'inadempimento della principale, sebbene, in conseguenza della volontà del garante che ha inteso di obbligarsi soltanto per un rapporto determinato, non si possa staccarlo da questo per applicarlo ad altro. Qui, l'entità della obbligazione contenente la sicurtà, stringe meglio la relazione fra questa e la obbligazione assicurata, costituisce quasi un rapporto di dipendenza fra i due istituti, e pure non si può richiamare senza commettere scorrettezza, il concetto di accessorietà. E tanto meno è possibile nella garanzia reale; il rapporto giuridico che la contiene, nasce e si svolge in relazione all'obbligazione garantita, ma con elementi propri: in virtù di esso, il creditore al quale è data la sicurtà, acquista un potere diretto, immediato sul valore generico della cosa, in proporzione del valore del suo credito, e può disporne: egli è il soggetto attivo di questo rapporto che ha un oggetto materialmente determinabile, e può essere perciò separato diversamente da quanto avviene per le altre utilità costituenti un peso sulla cosa.

Digitized by Google

Come la cedibilità si debba coordinare allo scopo del rapporto (1), verrà detto in seguito: qui a proposito dell'accessorietà, è sufficiente avvertire la efficacia della realità, che rende il rapporto di pegno così indipendente dal credito garantito, come per la garanzia personale non è possibile di ottenere (2).

Nè la ragione di dubitare contro la costruzione di « *rapporto accessorio* », è nuova (3): ma parve che la ripugnanza del concetto di *accessorietà* al contenuto del pegno si potesse togliere, distinguendo una specie di *accessorio* che trae esistenza dal termine principale cui è intimamente legato, da un altro *accessorio* il quale non si troverebbe in dipendenza così stretta dal termine cui si riferisce, da perderne al tutto la propria figura giuridica. Gli interpreti della legge romana che qualificano così il pegno, trovarono difficoltà soverchia nei testi dai quali si congettura rimanere l'azione ipotecaria malgrado sia avvenuta la estinzione dell'azione personale (4); e poi, com'è giuridicamente possibile un *accessorio* che rimane tale, quantunque non produca gli effetti per cui la sua natura si distingue? Ben può questo avvenire nell'istituto della *pertinenza:* ma si andrebbe errati quando se ne tentasse l'applicazione al concetto del pegno. O si dice di *accessorietà* per indicare il fine materiale della garanzia, e allora, a parte lo svisamento del concetto, si ha una guida molto fallace nello studiare la entità del pegno.

Si pensò di evitare le obbiezioni cui dà luogo la costruzione dell'*accessorietà*, spiegando la *dipendenza* del pegno dal credito guarentito qual *condizione* di esistenza del rapporto (5): ma, cangiata la forma, la sostanza di questa dottrina è identica al contenuto espresso con la idea di *accessorio*, la impossibilità cioè, che la garanzia reale possa esistere senza la obbligazione garantita.

47. Si dovrà desumere da queste osservazioni critiche, la indipendenza del rapporto di pegno dal credito garantito, la possibilità

---

(1) Ricerca che sarà fatta studiando l'esercizio del diritto di pegno in generale.

(2) A causa della *personalità* che è nel rapporto, com'è avvertito più sopra nel testo. Cons. DERNBURG, l. cit., VANGEROW, op. e l. cit.

(3) BACHOV., op. e l. cit.

(4) L. 33, § 5 D. *de pign. est.* (XIII, 7); v. L. un. pr. *C.* 74, *de act. c. temp. fin.* (IV, 14); L. 3; 7 pr. e § 1 *C. de praescr.* XXX, ann. (VII, 39). La questione sarà esaminata nel trattato dell'esercizio e dell'estinzione del pegno in generale.

(5) ROGUIN, l. cit.

Digitized by Google

ch'esso esista, anche se manchi la obbligazione da garantire? Parrebbe esatta la teoria che l'affermasse; se nel pegno si contiene l'alienazione del valore di una o più cose (non rileva ora il distinguere se specialmente determinate o no); se il rapporto vien costituito direttamente rispetto alla cosa in cui è compreso il valore alienato; se con quest'alienazione è manifestato il potere di disposizione spettante a chi è proprietario della cosa, perchè chi ne ha il diritto non potrà consentirla, esista o no la obbligazione da guarentire? Concetto che traluce in una costruzione con la quale si è proposto di dare alla *ipoteca* il carattere di istituto accessorio del credito assicurato, sebbene per la sua esistenza non occorra vi sia da principio una obbligazione da garantire (1): in quest'ultima parte è ben dichiarata la indipendenza del rapporto di garanzia reale, che per l'oggetto è distinto nettamente dal rapporto contenente la signoria della cosa, od altro diritto su di essa. Ma fra le due asserzioni vi è contrarietà grave, perchè se la indipendenza è tenuta come carattere essenziale del rapporto di pegno, non s'intende come ponendolo in relazione con un credito ne divenga elemento accessorio: è vero che questa relazione non impedisce che la garanzia si possa trasportare da uno ad altro credito, senza perdere della integrità sua, e così la destinazione di *assicurare* s'accorda con la indipendenza derivante all'istituto dall'essere rapporto reale: ma non è ragionamento che s'adatti al concetto di accessorietà. D'altronde, quando si dovesse argomentare strettamente da questo carattere d'indipendenza, si dovrebbe inferirne la possibilità di costituire la *ipoteca* senza la obbligazione da garantire, e ciò ripugna alla entità dell'istituto: e s'avrebbe o la costituzione del *diritto d'ipotecare*, che non è da confondere con la *ipoteca*, oppure un credito producente la sola azione reale ipotecaria sulla cosa onerata (2).

Il concetto dell'indipendenza del rapporto di pegno è meglio elaborato nell'istituto della *ipoteca sopra se stesso* (*Eigenthümerhypothek*), adottato da qualche legislazione (3): estinto il cre-

---

(1) V. Schott in *Jarhrb. f. d. Dogmat.*, XV, 1 e seg.

(2) V. il rinvio fatto nelle n. seguente. È certo, che la volontà delle parti può dare alla costituzione del rapporto il contenuto accennato ultimamente nel testo; anzi, dove non s'avesse dichiarazione espressa, si dovrebbe interpretare il rapporto come producente la sola azione reale (alienazione del valore).

(3) V. il trattato sulla nascita del diritto di pegno, dove si ricerca la possibi-

Digitized by Google

dito, e non effettuata la cancellazione dell'ipoteca, il proprietario può farla inscrivere nei libri a suo nome, e quindi la possibilità ch'egli se ne valga per assicurare nuovi rapporti di obbligazione, mentre perdura in lui il diritto di proprietà, o dopo avvenutane l'alienazione. In questo caso la figura dell'*ipoteca* (perchè l'istituto qui ricordato le è affatto speciale, sebbene qui dia materia alla costruzione generale della teoria del pegno) non va confusa con l'altra di *diritto d'ipotecare:* si potrebbe credere, che estinto il credito, il proprietario abbia inteso di conservare distinto quel diritto d'ipotecar la cosa, da lui di già esercitato: ma il ragionamento non torna. Perchè, o si tratta del diritto d'ipotecare in genere, e questo non è tolto al proprietario, anche dopo effettuata la costituzione di una, o più ipoteche: nè il diritto d'ipotecare è costituzione d'ipoteca, chè questa ha data dal giorno nel quale è stata effettuata; se nella ipoteca su di se medesimo non si avesse la vera sopravvivenza della ipoteca, il proprietario non potrebbe congiungervi un credito nato posteriormente, e l'onere reale esisterebbe dal giorno di questa congiunzione: invece, serba la data in cui fu prima costituito. Oppure, il diritto d'ipotecare si riferisce a quella ipoteca data per garantire la obbligazione estinta, quasi contenga il potere di unirla a nuovi crediti, e allora si esprime la possibilità di raffermare la ipoteca costituita.

Nella qual possibilità sta il contenuto della ipoteca su di sè medesimo; e sebbene siasi affermato che a questa costruzione si arriva procedendo dalle forme speciali che possono essere ordinate per dare la necessaria pubblicità alla ipoteca (1): pure, essa è conseguenza del modo col quale si considera la funzione dell'istituto rispetto alla cosa onerata ed al patrimonio in cui è contenuta. Si potrebbe obbiettare, che la considerazione dell'ipoteca (e così del pegno in genere) come diritto reale, non impedisce che riunendosi essa agli altri poteri derivanti dal dominio, debba rimanere estinta per confusione, perchè il proprietario dispone della cosa in virtù del suo diritto ampio, e non quale soggetto del rapporto speciale d'ipoteca; e che, data la impossibilità di questa separazione di poteri, la costituzione dell'ipo-

---

lità di costituire il pegno senza che da principio esista una obbligazione da garantire. Ora, sull'istituto accennato nel testo, v. il Prog. di Cod. civ. germ., e i *Motivi*, cit. nella n. seguente.

(1) Cfr. Prog. del Cod. civ. germ., §§ 1094 e segg.; *Motivi*, III, p. 203, 727 e segg.

Digitized by Google

teca su di sè medesimo, indipendentemente da una obbligazione da garantire, dovrebbe parere cosa strana. Obbiezioni deboli: la prima, perchè la confusione, che opera per la impossibilità di esercizio del diritto, non deve impedire che tolti questi impedimenti, il rapporto riprenda la sua forma primitiva; concetto non repugnante del tutto alle nostre tradizioni giuridiche (1). Nè l'argomento piglia forza, dal considerare che dovrebbe dirsi altrettanto del rapporto di obbligazione; qui, dal riunirsi nella stessa persona delle due qualità di soggetto attivo e passivo, la confusione attinge più di energia estintiva, mentre col successivo accumularsi dei diritti reali sulla stessa cosa presso chi ne ha la proprietà, gli oggetti dei vari rapporti non si dovrebbero confondere, sebbene chi li esercita, lo faccia esplicando il potere più ampio nel quale sono idealmente compresi (2). Affatto vana, è poi la seconda obbiezione: perchè, se chi ha il dominio della cosa non può limitare rimpetto a sè stesso la estensione del suo potere, e quasi scinderlo col farsi soggetto di ciascheduno tra i rapporti che possono emanare dal diritto di proprietà, quando, con la costituzione validamente seguitane, questi rapporti avessero ottenuto una esistenza propria, determinata, ben possono conservarla se il proprietario li riacquista. Nè si creda che per questa dottrina, si debba intendere la proprietà come potere risultante da quanti rapporti speciali si possono costituir sulla cosa, a seconda delle varie utilità di cui è giuridicamente capace, e quindi ognuno di essi sia prodotto dallo smembramento seguitone: se il diritto di proprietà rimane integro nonostante i pesi costituiti sulla cosa (3), questa riunione dovrà operare sulla *entità* del diritto riunito, o sulla *possibilità di esercitarlo* come rapporto specializzato?

Della qual dottrina, e dell'attendibilità di essa nel diritto patrio, sarà discorso in seguito (4); di maggiore importanza, sono altre ob-

(1) Questi concetti saranno svolti ampiamente a suo luogo (v. la n. prec.); qui se ne discorre soltanto per la costruzione compiuta della teoria. L'istituto cui s'accenna nel testo, è, come si vedrà, il risorgere della servitù prediale estinta, per opera di destinazione del padre di famiglia; l'art. 2017 del Cod. civ.

(2) Se il distacco di queste funzioni rispondenti ai diritti reali sulla cosa, s'è potuto compiere senza che il diritto di proprietà ne patisse, non è necessario che questo, per la entità sua li riassorbisca, quando si riuniscano nel medesimo soggetto. Il concetto esposto dalla *confusione*, giustifica sufficientemente quest'affermazione.

(3) V. la n. precedente.

(4) V. il rinvio fatto nelle due note precedenti.

Digitized by Google

biezioni contro il concetto dell'indipendenza del rapporto di pegno dall'obbligazione assicurata. Se non può essere contraddetta la natura giuridica del pegno contenente l'alienazione del valore di una o più cose (specialmente determinate o no), non può del pari cadere in controversia il fine del rapporto, che è la garanzia: questi due elementi concorrono pressochè in egual misura, nella costruzione giuridica dell'istituto. Altrimenti, il concetto dell'indipendenza può essere spinto oltre il segno; e si verrebbe a questo: che il creditore potrebbe cedere isolatamente il diritto (personale) di credito, e il diritto (reale) di pegno, e avrebbe così un vantaggio proporzionato al titolo ch'egli ha; d'altra parte, ceduto il diritto (reale) di pegno, se il creditore ricevendo il pagamento della obbligazione, ha sempre la facoltà di estinguere la garanzia, quale utilità può questa recare al cessionario che l'avesse acquistata separatamente dal credito (1)?

48. Perciò, quando si vogliono dedurre i termini dell'istituto dall'una o dall'altra di queste teorie estreme, si cade in errore grave; il pegno non è in così stretta relazione col credito garantito, da dover essere considerato come rapporto accessorio; ma non si può contestare, senza contraddire allo scopo dell'istituto, la esistenza di questa relazione, che vieta di qualificare il pegno come rapporto indipendente. La difficoltà vuol essere esaminata, e rimossa, non argomentando soltanto dal carattere che il pegno assume rispetto alla cosa (diritto reale), e dal suo fine economico: nella ricerca si debbono tener presenti questi due criteri, accomunandoli al terzo, la funzione che la garanzia reale esercita rispetto all'obbligazione garantita ed al patrimonio nel quale è contenuta la cosa onerata: distinguendo, secondo che il pegno è consentito dal debitore, o da altri.

Nel pegno è contenuta l'alienazione del valore della cosa sulla quale è costituito: questo primo termine, spiega come, o ch'esso emani dal potere del proprietario, oppure dalla legge, chi lo acquista abbia rispetto alla cosa un potere di disposizione, limitato al contenuto dell'istituto, e cioè la separazione eventuale del *valore* alienato. Ma

---

(1) Vi è analogia, ma non altro: perchè il rapporto giuridico del creditore verso le persone obbligate, e quello che ha sulla cosa dedotta in garanzia sono di entità al tutto distinta. Tuttavia, in ambi casi si avverte la *indeterminatezza* del rapporto, mediante il quale il creditore vorrà ottenere il soddisfacimento del suo diritto.

Digitized by Google

vi è un altro limite: quello del valore; perchè il diritto dato dal pegno è di averne quella parte corrispondente al valore della obbligazione garantita, che è il secondo termine del concetto del rapporto. Il quale è *onere* sulla cosa, che impone a chiunque la possegga e voglia liberarnela, il pagamento del valore alienato, ed è costituito a fin di *garanzia;* termine che unisce i due già ricordati, e contemperandoli, rende in modo speciale la entità del pegno.

In virtù di questo istituto, il creditore pignoratizio è soggetto di due rapporti, l'uno personale, l'altro reale; esercita il primo contro il debitore obbligato ad una prestazione determinata, e fa valere il secondo avverso la cosa, per ottenere la separazione del valore alienato. I due rapporti nascono e rimangono distinti con termini propri, ma la indipendenza di essi non vuol essere spinta a segno da desumerne il diritto del creditore di chiedere l'adempimento della prestazione, e di separare il valore della cosa; se lo permettessero la natura della cosa, che non si presta ad essere soggetto di relazione giuridica, e la distinzione dei due rapporti, si potrebbe dir qui di unicità obbiettiva e di pluralità soggettiva come avviene in materia di solidarietà (83): il creditore non può, senza far ingiuria, ottenere più di una volta il soddisfacimento del suo diritto; perciò, se lo ebbe dal debitore, cessa il poter suo sulla cosa, e se lo ebbe in seguito ad azione su questa (purchè in modo completo, o quando il suo diritto fosse limitato soltanto all'azione reale), rimane estinto il rapporto contro la persona obbligata.

I due rapporti, giuridicamente distinti, sono diretti verso l'identico fine, che è il soddisfacimento del diritto del creditore, da effettuare con l'adempimento volontario, oppure con la esecuzione reale; essi hanno apparentemente un oggetto speciale, proprio, ma in sostanza s'incontrano nel medesimo, che è il *valore* della obbligazione: e ciò determina il carattere della garanzia reale, come *esecuzione* dell'obbligazione assicurata. La relazione che lega i due rapporti, nonostante siano specializzati, è la garanzia; il valore della obbligazione, o quel che si presume possa essere tale, è la parte che è stata alienata del valore della cosa, e perciò il credito che investe la cosa col diventarne un peso, assume la figura giuridica di diritto reale: nel pegno è il rapporto di obbligazione diventato reale, che ha penetrata la cosa, e la segue in ogni mutazione successiva di proprietà. S'è voluto desumere dal concetto di garanzia la natura condizionale del rapporto di sicurtà reale; ma questa non deriva la sua esistenza dal

Digitized by Google

fatto dell'inadempimento della obbligazione: l'onere reale, ed il diritto di separare effettivamente il valore (1), sono figure ben distinte.

Con la scorta di questo criterio si può procedere nell'esame dell'indipendenza del pegno. Se il creditore non ha diritto di ottenere il soddisfacimento della identica ragione di credito con l'azione personale del debitore obbligato, e con la esecuzione reale, non può cedere separatamente i due rapporti, quando questa cessione conducesse al risultato ingiurioso della doppia esigibilità: se la cessione del rapporto di pegno attribuisse al cessionario un diritto indipendente da diritto personale di credito rimasto presso il creditore cedente, o trasmesso ad altri, e il soggetto di ciaschedun rapporto potesse esercitarlo pienamente, il creditore avrebbe ingiustamente più di quanto non gli spetta per virtù del suo diritto. E per l'opposto, esiste la indipendenza del pegno dal credito in sicurtà del quale è stata costituita originariamente, quando la cedibilità separata dei due rapporti, non induce la conseguenza ingiuriosa che si è avvertita.

Questo ragionamento muove a distinguere, secondo che la cessione del rapporto reale di pegno è fatta ad un creditore del debitore, oppure ad altra persona. Lo sviluppo della distinzione conferisce molto a dichiarare la difficoltà. Se il pegno è ceduto da un creditore del medesimo debitore, il cessionario non agisce come successore del diritto di credito del cedente, perchè l'azione sua nasce da un altro rapporto di credito che gli è proprio: il *valore* che è oggetto della obbligazione, come della garanzia reale, non è doppiamente esigibile, in conseguenza della cessione avvenuta in questi termini. Il cessionario agisce perchè creditore, e così rimane integro presso il cedente il rapporto personale di credito, ormai separato dalla sicurtà reale: è successore del cedente rispetto alla sola garanzia reale, che, sebbene unita ad un creditore nuovo, contiene sempre l'alienazione del valore nella misura consentita originariamente, e non può essere modificata (2) proporzionatamente alla entità della nuova obbligazione. Si suppone che il proprietario della cosa onerata non intervenga al negozio; altrimenti si potrebbe

(1) Come si è esposto largamente nei nn. 28 e segg.

(2) Anche quest'affermazione, posta qui per il bisogno della costruzione, richiede una discussione ampia, che sarà fatta a suo luogo. Certo, l'alienazione del valore che è nel rapporto reale, fa sì che non debba mutare in più; ma potrebbe mutare in meno, perchè nel fatto che il creditore l'unisce ad una obbligazione di minor entità, si ha la *riduzione* dell'oggetto primitivo, in seguito a rinuncia.

Digitized by Google

avere un rapporto giuridico diverso da questo, che vien costituito per la virtù della realità che è nel diritto di sicurtà del cedente (1); e così s'avverte quale sia effettivamente la *indipendenza* del pegno, che abbisogna sempre di una obbligazione cui possa unirsi, sebbene perduri la influenza dell'antica nella determinazione del valore alienato.

Qui s'ha dunque la possibilità di separare l'alienazione del valore fatta a titolo di garanzia, dal rapporto di credito per il quale fu costituita in origine. Quando invece il creditore pignoratizio disponesse del suo diritto di sicurtà reale, a favore di chi non fosse pur creditore dello stesso debitore, conservando a sè il rapporto di credito garantito originariamente, la cessione avrebbe per effetto il diritto del cessionario di separare il valore contenuto nella garanzia, come soggetto dell'onere reale, e allora sarebbe avverata la ingiustizia di cui si è di sopra discorso; o non lo avrebbe, e sarebbe affatto inutile, perchè inefficace giuridicamente. Pure, questa cessione è possibile, consentendola la realità del diritto di garanzia, quando avvenga in modo da non indurre ingiustizia: per il che bisogna considerare come i due rapporti di credito e di sicurtà si comportino. Per mezzo di entrambi il creditore può conseguire il medesimo valore, ma una volta soltanto: il valore contenuto nella garanzia, è, come s'è avvertito più volte, il valore della obbligazione con figura di onere reale: e questo, che per la realità che lo distingue, è soggetto al potere del creditore in modo diretto ed assoluto, assume maggiore importanza rispetto al rapporto personale di credito, che in conseguenza di ciò rimane quasi materializzato, incorporato nella cosa onerata. I due rapporti son distinti: ma quando sia ceduto il solo rapporto di pegno, questa materializzazione agisce come paralizzando il rapporto di credito rimasto presso il creditore cedente: e il cessionario ha diritto di agire contro il debitore non come tale, ma come possessore della cosa su di cui grava l'onere del quale è diventato soggetto attivo. S'intende, che questo fatto che costringe il debitore a pagare al cessionario, *se vuole liberare validamente la cosa dall'onere che la grava*, richiede sia notificata al debitore la cessione avvenuta: non perchè debitore (2),

(1) Secondo la dichiarazione di volontà che vien fatta, potrebbe avvertirsi l'esistenza della novazione.

(2) E s'intende: verso il cessionario, il creditore non è vincolato da rapporto

Digitized by Google

ma perchè possessore della cosa, e interessato, come tale, a liberarla dal pegno. Della quale formalità verrà discorso in seguito, nell'esporre su quali cose sia possibile di costituire il pegno.

49. La ricerca proceduta finora pianamente, incontra difficoltà non lieve, quando il pegno sia costituito da una terza persona, oppure se dal debitore su di una cosa propria, questa, al tempo della cessione del rapporto di pegno, sia uscita dal suo patrimonio per via di acquisto fattone da altri. Qui non si può applicare con esattezza la distinzione proposta di sopra; il criterio che ne deriva, vien perturbato dalla posizione giuridica del terzo possessore rispetto al credito garantito.

A primo aspetto, parrebbe il contrario; costituito il pegno, quando il creditore lo cede indipendentemente dal credito, ad un altro creditore dello stesso debitore, vien forse aumentato il gravame consentito dal terzo? Il pegno garantirebbe un altro credito, entro i limiti nei quali è stato costituito in origine, e il cessionario non deriva da questa cessione il suo diritto personale di credito. Così pure, qual maggior onere colpisce la cosa, se il creditore pignoratizio esercitando il rapporto di garanzia reale, ne fa cessione ad un suo creditore?

Il primo di questi due argomenti, non corrisponde alla nuova posizione giuridica che si avverte nel fatto esaminato: se il pegno costituito su cosa appartenente al debitore, è ceduto ad un altro creditore suo, rispetto a questo il debitore non ha figura di terzo possessore della cosa, che si reputa data direttamente in garanzia al cessionario: il pegno qui si può staccare completamente dal credito garantito originariamente. Se invece è costituito da altri, il costituente che ha carattere di terzo rispetto al creditore pignoratizio', il quale non ha con lui rapporto personale di credito, lo conserva nel caso di cessione della sicurtà reale, qualunque sia la posizione giuridica del cessionario rispetto al debitore: il cessionario è successore del creditore nell'onere reale, e quindi ha il diritto di agire contro il terzo possessore per la sola ragione che nel patrimonio di lui esiste la

---

personale: ma, se per la entità del rapporto reale, questo può essere ceduto separatamente, la relazione che lo univa al primitivo rapporto obbligatorio (e dalla quale ripete la sua origine, perchè la estensione sua è regolata secondo il valor dovuto), induce di necessità la sospensione accennata. Altrimenti, s'avvererebbe l'inconveniente avvertito. V. la n. nella pag. seguente.

Digitized by Google

cosa onerata. Nel caso di pegno costituito dal debitore, questi diventò terzo possessore quando la cessione sia fatta a chi non è suo creditore personale: qui invece il terzo possessore è tale fin da principio; perciò, quando il pegno è costituito da una terza persona, il cessionario, chiunque egli sia, succede nel rapporto di onere reale, e la garanzia non viene unita ad un nuovo credito, ma rimane paralizzato presso il cedente l'esercizio del credito garantito in origine (1).

Questa situazione di fatto può variare in due modi: quando la cosa onerata si trovasse nel patrimonio del debitore al momento in cui vi è stato costituito il pegno, e poi ne fosse uscita al tempo della cessione; e quando la cosa appartenente ad un terzo nel primo di questi due tempi, nel secondo fosse venuta in proprietà del debitore. Nella prima ipotesi, rimane immutata la ragion di decidere: non perchè la cosa era di spettanza del debitore quando fu costituito il pegno, il creditore personale succeduto nella sicurtà reale è soggetto del rapporto, come se questo fosse indipendente dal credito garantito in origine: il debitore non perde la disposizione della cosa in conseguenza del pegno, e l'acquirente ha la qualità di terzo possessore rispetto al creditore garantito, ed al cessionario. Nella seconda ipotesi, l'entrata della cosa onerata nel patrimonio del debitore, avvenga essa al tempo della cessione o posteriormente, genera fra la cosa ed il patrimonio la relazione nascente dalla sicurtà reale, come se fin da principio vi fosse stata compresa (2): perciò il creditore cessionario diventa soggetto del

---

(1) Nel testo, la teoria è tratta in ispecial modo dalla considerazione dall'ingiustizia avvertita; ma vi è pure esposto (v. la n. nella pag. preced.), il concetto principale, che la rannoda alla entità stessa del rapporto di garanzia, argomentando dalla estensione dell'oggetto.

(2) Questa relazione è stata esposta con sufficiente larghezza. Ma per intendere appieno la costruzione, è necessario avvertire che non si vuole, nè si può dedurne che rispetto al creditore la funzione patrimoniale ch'è insita nel rapporto dell'obbligazione garantita, sia rappresentata dal vincolo reale: questo indurrebbe confusione fra i due rapporti (personale l'uno, reale l'altro) che nascono e durano distinti. Quel che si vuole intendere è, che pur mantenendo la separazione fra essi, il valore che vi è contenuto è identico: perciò, finchè la cosa sta nel patrimonio del debitore, l'esecuzione su essa implica l'esercizio della funzione patrimoniale più ampia, rispondente all'obbligazione: è *parte* del patrimonio sulla quale, per la natura e lo scopo del rapporto, deve convergere prima che sulle altre, l'esecuzione del creditore.

Digitized by Google

pegno considerato indipendentemente dal credito in garanzia del quale è stato costituito; e cessa rispetto al cedente, l'impedimento di esercitare il suo diritto personale (1).

50. La esattezza di queste conclusioni vien provata dal fatto, che vi si può giungere ricorrendo ad un'altra costruzione; così, i criteri fondamentali posti, attingono più forza dalla nuova applicazione. Perchè, della garanzia reale si è già detto come, per definirne compiutamente la entità (2), occorresse distinguere il caso in cui fosse costituita su cosa del debitore, da quello in cui lo fosse su cosa altrui: e nel primo; rispondesse al credito garantito come *esecuzione* reale, nonostante che la prelazione nascente dall'alienazione del valore, induca il carattere di sicurtà (3): e nell'altro, prevalesse l'elemento della garanzia, mancando ogni relazione fra la cosa onerata ed il patrimonio dell'obbligato rispetto all'esecuzione del rapporto personale di credito.

La qual distinzione dà materiale sufficiente per costruire la teoria dell'indipendenza del pegno, dalla obbligazione garantita; se la cosa onerata è nel patrimonio del debitore (vi fosse nel tempo della cessione oppure vi sia entrata posteriormente), il creditore pignoratizio che cede il pegno ad un altro creditore del debitore, gli trasferisce il diritto di *esecuzione speciale* che gli spetta verso il patrimonio dell'obbligato; i diritti rispettivi di credito rimangono intatti, e viene spostata soltanto la garanzia particolare costituita a favore di un creditore, il quale, in seguito alla cessione, perde il diritto onde gli derivava una causa di prelazione. Tutti i creditori del debitore hanno per garanzia (in genere) delle loro ragioni, il suo patrimonio: il

---

(1) Perchè la cosa si confonde nel patrimonio, e allora rispetto al cessionario della garanzia reale, che è pur creditore personale del debitore, s'avvera quella relazione che s'è avvertita (v. la n. prec.) fra il patrimonio e la cosa onerata.

(2) V. il n. 2; ed i nn. 28 e segg.

(3) Anche questo concetto è stato assai svolto, e si rannoda alla relazione esposta di sopra (v. i nn. 48, 49 n.); perchè se la funzione patrimoniale derivante dalla obbligazione e l'azione sulla cosa nel rapporto di garanzia, quasi si confondono, finchè rimane la relazione fra la cosa onerata ed il patrimonio generale del debitore, è chiaro che la garanzia induce rispetto agli altri creditori la *prelazione*. Senza ricorrere a questa costruzione, e argomentando solo dall'alienazione del valore, si ha lo stesso risultato: e se ne ha l'applicazione anche nel caso del terzo che abbia costituito garanzia per debiti altrui.

Digitized by Google

pegno specializza questa cautela generica a favor del credito per il quale è stato conceduto, nel senso che ne esclude gli altri creditori, e non restringe la cautela alla sola cosa onerata (1). Ora, finchè la garanzia generale dei creditori, si può considerare come sostrato del pegno, nulla impedisce che i creditori ai quali spetta questa garanzia, e quelli che hanno sul patrimonio una garanzia speciale, possano mutare la rispettiva posizione giuridica. Tolta la *esecuzione* speciale, non lo è la esecuzione; tolta la garanzia particolare, non lo è la garanzia in genere, e perciò è possibile cederla indipendentemente dal credito.

Ma quando la garanzia reale fosse costituita da un terzo (oppure la cosa onerata fosse escita dal patrimonio del debitore prima o dopo la cessione del pegno), non si ha più il concetto della *esecuzione:* la cosa pignorata non è parte del patrimonio del debitore, e quindi la impossibilità della relazione fra la sicurtà speciale contenuta nel pegno, e la cautela generale (2). Nel rapporto ha principale importanza l' elemento della *garanzia* (3), che vieta, per la sua struttura giuridica, la separazione assoluta del pegno dal credito garantito: il terzo possessore è tenuto soltanto per effetto dell'onere reale, la cedibilità del quale trae con sè, in conseguenza della garanzia, l'impedimento del creditore cedente il pegno, ad esercitare l'azione personale di credito (4). Così, la cedibilità dipendente dalla realità del rapporto, e l'elemento della garanzia unita ad una obbligazione determinata, s'accordano compiutamente.

51. Contro la qual costruzione, si possono muovere alcune obbiezioni, non gravi. Una è dedotta dal concetto d'*ipoteca* sopra se medesimo, perchè la indipendenza del pegno dalla obbligazione garantita vi è resa nel modo più evidente: se l'onere reale dura dopo estinto il credito che ne riman cautelato, ed il proprietario può vali-

---

(1) V. le n. 1, 3 nella pag. precedente. Le due funzioni derivanti dai due rapporti non si confondono: la funzione inerente al rapporto di garanzia reale, *concreta* per la natura sua (e finchè la cosa è in potere del debitore) quella *patrimoniale, generale;* la manifesta, ma non la restringe, non la limita a sè. Tant'è, che per la rimanenza di credito, il creditore ipotecario può agire, ridotto, s'intende, alla qualità di chirografario.

(2) V. la n. 3 della pag. precedente.

(3) V. i nn. 2, 28 e segg.

(4) V. la n. precedente.

Digitized by Google

damente unirlo ad un altro rapporto di obbligazione, senza che per questo avvenga alcuna mutazione nella entità di esso; se, quando trasferisce la proprietà della cosa, non perde, all'infuori di patto contrario, il diritto contenuto nella garanzia reale, si deve inferirne la correttezza della dottrina che separa il *pegno*, considerato come rapporto reale, dal credito, al quale, come sicurtà, può essere unito in seguito. S'è avvertito qual sia l'efficacia di questi argomenti, assai diminuita per il fatto che l'esistenza dell'istituto al quale si riferiscono, è limitata al caso di *sopravvivenza* della *ipoteca* al credito garantito, non essendovi riconosciuta la possibilità di *costituirla* come rapporto reale, senza l'obbligazione che deve esserne garantita: indipendenza postuma, che trae la sua giustificazione non tanto dal concetto della realità del pegno, come dalla ristretta importanza data alla confusione qual modo di estinzione dei diritti reali (1). Tant'è, che non si ha esattamente la ragion dell'istituto, quando si voglia costruirla sulla prevalenza del rapporto reale d'ipoteca rispetto al personale: la qual prevalenza, come si è avvertito di sopra (2), non induce la estinzione di quest'ultimo, derivandone soltanto impedimento di esercitarlo; e quando la inducesse, non si potrebbe dir più prevalenza, ma confusione del rapporto personale nel reale, contraddicendo così all'entità della garanzia, ed all'origine stessa dell'istituto, in cui s'avverte la *sopravvivenza* dell'onere reale, all'obbligazione. Senza argomentare dalla natura giuridica del pegno, si può costruire l'istituto sulla possibilità che i poteri contenuti nel dominio, e costituiti poi come rapporti giuridici separati, rimangano tali per la sostanza, e non per l'esercizio, quando il proprietario li abbia riacquistati (3).

La seconda obbiezione, è tratta dal modo che si può tenere nel coordinare la garanzia reale, al rapporto personale di credito: il debitore può pattuire, che il diritto del creditore procedente alla esecuzione reale, sia ristretto all'azione sulla cosa onerata, oppure che il creditore avrà soltanto il diritto nascente dal rapporto reale verso la cosa. La differenza fra i due modi è poca, quando si voglia

---

(1) V. su questo argomento il n. 47 e la n. 1 a pag. 87, 88. Che questa sopravvivenza si debba dedurre, meglio che dall'entità dalla garanzia reale, dal concetto di confusione, è affermazione che sarà bene dimostrata a suo luogo.

(2) V. il n. preced., e le note relative.

(3) V. la n. 1, ed il rinvio che vi è fatto.

Digitized by Google

indagarne il risultato rispetto alla sicurezza del creditore, la quale è ridotta soltanto alla cosa onerata: è molta, rispetto al contenuto giuridico proprio di ciascuno. Perchè nel primo, non è tolta l'azione personale, e però, durando integro il rapporto di credito, il reale ha sempre carattere di rapporto di garanzia, che eccezionalmente (1) vale qui a restringere la sicurtà generale che è contenuta nel patrimonio del debitore, alla sola cosa pignorata; il patto non produce alcuna mutazione nel concetto del pegno, e non ha importanza nell'indagare qual sia la indipendenza di questo dal credito garantito. Ma nel secondo l'azione personale è tolta: il credito, quando fosse giuridicamente possibile di considerarlo esistente, è confuso nel rapporto reale; sparisce affatto in questo, e il creditore assume la qualità di soggetto di un onere reale, che contiene l'*alienazione* del valore o di un dato valore di una cosa determinata, ed è rapporto esistente da per sè. Per il quale contenuto, si mostra come qui non si abbia veramente un rapporto di credito: il diritto del soggetto si riduce alla relazione verso la cosa onerata, e questa non può essere soggetto passivo del rapporto di obbligazione (2): la cosa è dedotta nel negozio in modo principale, nè si tien conto della persona presso la quale si troverà, quando il soggetto attivo vorrà esercitare il suo diritto. Nella costituzione del rapporto, la persona del proprietario della cosa non ha importanza per il contenuto, cui s'appartiene soltanto la cosa onerata; su questa si svolge l'azione reale: e il diritto del possessore a liberarla, pagando il valore che l'instante può far separare da essa, non modifica la natura della relazione giuridica: lo scopo dell'onere, che è il conseguimento di un valore determinato, è appieno soddisfatto col pagamento. Ora, se non esiste credito, l'onere reale non può aver figura di pegno, perchè il concetto di garanzia non può essere disunito dall'altro di obbligazione; e in questa parte è piuttosto da rilevare un altro istituto d'indole più generale che non è quello di garanzia reale, e cioè l'alienazione del valore di una data cosa. Il valore ricevuto da chi ha il diritto

---

(1) Con quest'osservazione si completa la teoria esposta (v. i nn. 28 e segg.) sulla relazione ch'esiste fra la funzione patrimoniale dell'obbligazione, e l'azione nascente dal pegno: qui, per la volontà espressa dalle parti, nel rapporto reale sulla cosa è riassunta *totalmente* la relazione patrimoniale nascente dal vincolo obbligatorio, che altrimenti sarebbe più estesa.

(2) V. i nn. 26, 27.

Digitized by Google

di disporne, non rappresenta il rapporto di credito; nel fatto sarà così, ma nella costruzione giuridica, venuto meno il concetto di vincolo personale, esso rappresenta il prezzo dell'alienazione del valore. Nè questo negozio è in parte alcuna, contrario alla legge; il potere di disposizione che si ha sulla cosa contiene il diritto di alienarla, o di alienare una utilità ch'emani da essa, e possa costituire oggetto di rapporto giuridico speciale, oppure il valore che vi è contenuto: e l'alienazione di questo valore dà all'acquirente il diritto di separarlo dalla cosa, quando il possessore non preferisca di farne il pagamento (1). Dal che apparisce, come male si argomenterebbe da questo negozio, contro alla regola posta sulla indipendenza del rapporto di pegno (2); qui si deve considerare l'alienazione del valore come negozio distinto.

Rimane da ultimo una obbiezione, tratta dal fondamento della costruzione esposta. Perchè, posta la distinzione fra il caso di pegno costituito su cosa del debitore, e pegno costituito su cosa di altri, si è detto come nel primo il pegno avesse più indipendenza dal credito, e però si potesse cederlo ad altri creditori del debitore senza che il cedente ne avesse la perdita del suo diritto personale (3); ora, se qui il rapporto di garanzia ha quasi interamente per contenuto la *esecuzione* della obbligazione, non s'intende, come la separazione dei due termini abbia maggiore agevolezza, dove parrebbe dovesse averne di meno. La difficoltà non ha consistenza; la *esecuzione* contenuta nel rapporto di pegno è quella *speciale* al credito garantito, e s'è già dimostrato che la sua esistenza non toglie al creditore il diritto alla esecuzione *generale*, rispondente alla *garanzia generale* che è nel patrimonio del debitore; il creditore pignoratizio non rinunzia alla *esecuzione*, ma a quella *speciale* che andava unita al suo diritto personale (4). Questo concetto chiarirà in

---

(1) Più innanzi sarà esposta compiutamente, ma in brevi linee, la teoria dell'alienazione del valore, mostrando come il contenuto di questa sia ben determinato rispetto agli altri rapporti sulla cosa, e di obbligazione. Qui basti di avvertire che nulla impedisce di costituire un rapporto che abbia per oggetto il solo valor di una cosa, e il diritto di credito vi fa difetto.

(2) V. il cap. 2, § 2.

(3) V. il n. 49.

(4) Anche quest'affermazione è conseguenza del concetto esposto sulla relazione fra i due rapporti. Argomentando da esso, la risultanza enunciata nel testo, non lascia dubbio: il creditore pignoratizio non perde, per questa sua qualità, e per la

Digitized by Google

seguito (1), la possibilità legale di permutare il *grado* che si ha rispetto alla stessa esecuzione reale speciale (cessione del rango del pegno), e la impossibilità di giustificare coi termini della *cessione del credito*, o *della ipoteca* un caso particolare di surrogazione (surrogazione legale nel diritto d'ipoteca) (2).

52. Per chiudere le ricerche su questo carattere fondamentale del pegno, resta a dichiarare che la figura di *onere reale* non può indurre contraddizione col rapporto di obbligazione, quando la cosa contro la quale si procede dal creditore, si trova nel patrimonio del debitore; difatti, non parrebbe giusto tenere quel concetto, dal momento che il debitore non è tenuto perchè possessore, non si libera abbandonando la cosa, e l'azione del creditore procedente alla esecuzione reale, non incontra ostacolo, quando il valore effettivo della cosa onerata non è sufficiente a dargli soddisfacimento del credito. La qual contraddizione è soltanto apparente; il pegno ha natura giuridica di onere reale, e ciò apparisce nettamente se la cosa contro cui si agisce, si trova nel patrimonio di una terza persona; se poi è presso del debitore, è necessario di considerare che i due rapporti hanno un contenuto giuridico proprio (3): e se la figura di onere reale dovesse restringere gli effetti del rapporto *personale*, la legge che la obbligazione dà alle parti, sarebbe violata con manifesta ingiuria del creditore. Di qui si potrebbe ricavare una costruzione, che tenesse il rapporto personale così distinto dal reale, da inferirne che in questo il creditore agisce contro il debitore soltanto perchè *possessore* della cosa onerata: ed esercitando l'altro contro il *debitore* come obbligato personalmente, procede su gli altri beni contenuti nel patrimonio. Costruzione inesatta, perchè non vi è data la misura necessaria della relazione che corre fra la cosa onerata ed il patrimonio del quale fa parte, e dell'altra che è fra il patrimonio e la obbligazione; in questa, la funzione del patrimonio

---

relazione avvertita, il diritto di agire sul patrimonio rimanente, *come creditore chirografario* (v. la n. 1 a pag. 96), per il residuo del credito non coperto dalla garanzia: ora, può rinunciare a questi diritti, e concretare, fondere, l'una nell'altra relazione.

(1) Questione che sarà svolta esponendo l'esercizio della garanzia reale.

(2) V. il rinvio fatto nella n. preced.

(3) Su questo argomento v. il n. 49: la nota 4 a pag. 99, e l'altra che vi è richiamata.

Digitized by Google

(*relazione patrimoniale*, nascente dalla obbligazione) si estende a quante cose speciali lo compongono, e però anche a quella onerata, nel senso che i due rapporti rimangano distinti, ma, per la identità dello scopo, la funzione patrimoniale è espressa anzitutto nella reale della garanzia propria (1); e l'onere *reale* ha la virtù di specializzare la esecuzione, sottraendo il *valore* alienato all'azione degli altri creditori, e costringendo il creditore cui appartiene, a non procedere sugli altri beni prima di averlo esercitato (2). Il concetto di *onere reale* sopporta di necessità la influenza del rapporto di obbligazione, considerato per sè, e rispetto al patrimonio del debitore.

53. Da questa posizione, in cui apparisce compiutamente la entità del pegno, si desumono gli altri termini che lo determinano come istituto giuridico. Dichiarandoli, si scorge meglio la verità dell'osservazione fatta di sopra (3), che vi è grande affinità fra il *pegno* e la *servitù*, considerati come *oneri reali* su cosa speciale, e nella stessa guisa che dai fonti è attestata l'azione esercitata dal concetto, già determinato, di servitù reale, nella elaborazione del concetto di pegno (4), l'analisi astratta del contenuto di entrambi istituti rispetto alla cosa onerata, avvalora la induzione. La *utilità* fornita dalla cosa è termine comune alla esistenza dei due istituti, e come avvenne per la servitù, così per il pegno è sorto il dubbio, se la cosa onerata non fosse *soggetto* del rapporto (5). Ma di questa ma-

---

(1) Tant'è, che cessata la relazione fra il patrimonio e la cosa onerata, questa sovrapposizione di una funzione sull'altra cessa.

(2) Cod. civ., a. 2080. V. su questo quanto si dirà nel trattato dell'esercizio (in generale) del diritto di pegno.

(3) V. il n. 6; e p. 11, n. 3.

(4) V. la n. preced.

(5) Confr. su questa materia DERNBURG, op. cit., § 14, p. 121 e segg. Egli mostra, accennando a molte particolarità sulla origine storica ed il contenuto dei due istituti, la relazione che è tra essi; e altrettanto fa per l'usufrutto, che assieme al pegno, pone poi in relazione con la servitù (§ 15, p. 129 e segg.: JOURDAN, op. cit., p. 185 e segg. L.: 66, § 6 D. *De leg.* II). La comparazione qui è fatta sotto altro punto di vista: argomentando cioè dal rapporto, che dal pegno o dalla servitù reale nasce rispetto alla cosa *onerata*, e deducendone alcuni termini comuni.

Che poi la origine della servitù e del pegno derivi dalla concezione avutane in due fonti diverse di diritto, nulla rileva: perchè ciò non toglie che la determinazione avvenuta rispetto alla servitù reale non abbia dovuto influire potentemente

Digitized by Google

teria non è qui opportuno si discorra: e vi si accenna soltanto per dare maggior chiarezza alla esposizione dei caratteri del pegno.

1) Il quale, perchè onere reale, dev'essere *costituito a favore di altri:* chi ha la *proprietà* della cosa, non può separarne rispetto a se medesimo, il contenuto di un rapporto ch'esiste in virtù della limitazione del potere contenuto nel maggior diritto che è il sostrato dei diritti reali: altro è discorrere se la separazione cessi per la virtù della confusione (1).

2) Dallo stesso concetto si deduce pure il secondo carattere: il pegno, come onere reale sulla cosa, non *obbliga la persona del possessore;* così, nella servitù il proprietario del fondo servente non è *obbligato* a fare. Due difficoltà fanno ostacolo a questa proposizione: una, non grave, è dedotta dal fatto che il debitore proprietario della cosa è *obbligato personalmente* al pagamento del debito garantito, ed è stata risoluta investigando il concetto che il pegno è *onere reale* (2). La seconda ha maggior gravità: se si considera il pegno come *obligatio ob rem*, non induce la obbligazione del possessore della cosa onerata, non come debitore, ma perchè possessore, a pagare il valore che è soggetto dell'onere? ed è possibile negare la obbligazione di soddisfare il debito, qualunque sia il fonte dal quale deriva? Al che non si può rispondere, senza indagare qual sia il concetto della *obligatio ob rem*, e se questa sia contenuta nel pegno; esame, che sarà fatto nello studio della relazione fra la entità del pegno e gli istituti affini (3).

3) La *utilità* è il contenuto generico del rapporto, e perciò la relazione del soggetto con la cosa onerata, che deve fornirla: quindi il concetto di cosa incorporale, e la deduzione che il *pegno non può essere costituito sopra un diritto di pegno.* Nè osta a ciò la figura giuridica del suppegno, il quale, come si esporrà, contiene la *cessione* del diritto di pegno (4).

---

sulla costruzione del pegno come onere reale. E meno fa, che la ipoteca sia mezzo diretto al fine della garanzia: questa è la *utilità* reale, che continua e dura quanto la *utilità* stessa.

(1) V. la n. 1 a pagg. 86, 87.

(2) V. i nn. 1; 28 e segg.

(3) V. il cap. III.

(4) La natura giuridica del suppegno sarà studiata nell'indagare l'oggetto del diritto di pegno. Cfr. rispetto all'affermazione contenuta nel testo (e che deriva dal modo d'intendere il suppegno), DERNBURG, l. cit.

Digitized by Google

4) Dove si congiunga al primo termine di *onere reale* la nozione dello scopo che distingue l'istituto del pegno, si ottengono altri due caratteri: il primo è la *inseparabilità del pegno da un credito che dev'essere garantito:* e qui s'accenna indeterminatamente al *credito*, perchè, secondo la distinzione esposta (1), il pegno può garantire un credito diverso da quello per il quale è stato costituito in origine. Diversamente avviene rispetto alla servitù (2); ma quando si badi alla ragione esposta nei fonti (3) per giustificare il pegno, e quindi l'alienabilità di *determinate* (4) servitù reali, e cioè alla *utilità*, benchè questa non sia il vero fondamento della dottrina: s'intende, che la *utilità*, per il modo dissimile col quale si presenta nella *servitù* e nel *pegno*, non può venir meno, se il *pegno* è unito ad un credito diverso da quello originariamente garantito (5).

5) L'altro carattere, è la *indivisibilità* del pegno: garantisce per intero qualunque parte del credito, e ogni parte del pegno è onerata per il credito intero. Questa è conseguenza necessaria dell'*utilità* contenuta nella garanzia, la quale, in ogni sua parte è diretta al solo scopo di assicurare il soddisfacimento totale della obbligazione cautelata; e come nella servitù reale, la *utilità* vuol essere considerata rispetto ai due fondi, ed i proprietari del fondo dominante ne hanno il godimento intero, non per averla acquistata specialmente, ma perchè hanno la proprietà del fondo cui è unita, così, considerato il credito come parte distinta del patrimonio, si può avvertire fra esso ed il pegno quel rapporto di *utilità* già segnalato rispetto alla servitù reale, che ha pure il carattere della *indivisibilità* (6).

---

(1) V. il n. 49 e le n. relative.

(2) La differenza è ben giustificata dalla considerazione che il cangiamento del credito che si deve garantire, non osta al concetto ed allo scopo del pegno. Sulla ragione storica, v. ora SCIALOIA, l'oraz. di Demostene c. Callicle, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino*, vol. XXIV, ad. 15 giugno 1890.

(3) L. 11, § 3; 12 D. *de pign.* (XX, 1).

(4) V. la n. preced. La questione sarà studiata nel dire delle cose che sono oggetto valido d'ipoteca.

(5) V. la n. 2.

(6) La ricerca dell'indivisibilità, sulla natura sua e sugli effetti, seguirà nel trattato dell'esercizio del pegno. V. WÄCHTER, *Ü. Theil. u. Theilbark. d. Sach. u. d. R.*, in *Arch. f. civil. P.*, XXVII, p. 155 e segg.

Digitized by Google

54. Con la esposizione di questi caratteri del pegno non si è inteso di studiarne compiutamente la entità, ma di coordinarli al concetto fondamentale dell'istituto: e la esattezza di esso riman meglio dimostrata. Quando si dirà come il pegno nasca, si eserciti e si estingua, ne sarà ricercato il contenuto con maggior ampiezza.

§ 4.

Conclusioni.

SOMMARIO. — **55.** L'alienazione del valore è concetto distinto dall'alienazione della cosa. Il pegno ne è una specie, determinata per il concorso del termine della garanzia.

55. Nella investigazione del concetto di garanzia reale è occorsa sempre la necessità di rilevare, come idea fondamentale, l'*alienazione del valore della cosa;* ma non venne ricercato, e quindi valutato, il rapporto che deve correre fra la comprensione di questo termine e quella del pegno. Leggermente vi si accennò nella indagine del concetto di «*diritto di obbligazione*» (1), e della possibilità di costituire un negozio dove l'azione personale nascente del credito fosse interamente soppressa, in modo che il creditore, posto soltanto in relazione con la cosa, non avesse la figura giuridica di creditore, sibbene quella di *acquirente* del valore contenuto nella cosa dedotta nel rapporto reale; e la posizione di queste idee, tratte dall'analisi del pegno, concede di determinare la entità dell'«*alienazione del valore*» considerata come istituto distinto. Perchè non costituisce il contenuto esclusivo del pegno, quasi non sia possibile di accertarne la presenza in altro rapporto; è istituto ben più ampio, e il pegno è la risultante della unione che gli è fatta di un altro elemento, per lo scopo speciale della garanzia.

Che l'alienazione della *cosa* sia negozio diverso dell'alienazione delle utilità particolari che essa può fornire, è dottrina non con-

(1) V. i nn. 25 e segg. Le osservazioni, che son fatte in questo paragrafo, non tendono a dichiarare quali costruzioni possono derivare dal concetto dato della obbligazione: un'applicazione assai importante, sarà fatta in seguito (V. il cap. seg., § 1). Qui si vuol soltanto coordinare le idee svolte sull'*alienazione del valore*, e, secondo questo contenuto, conchiudere relativamente al rapporto fra i concetti di *obbligazione* e di *garanzia reale*.

Digitized by Google

traddetta da quando è stato specializzato il concetto della servitù: l'alienazione della utilità, quando sia tale da poter essere oggetto di un rapporto giuridico speciale, è concessione fatta, perpetuamente od a termine, di un vantaggio determinato che una cosa può produrre; e questa osservazione chiarisce due punti sui quali si ha ancora disputa: che l'alienazione della utilità non è alienazione della cosa, e perciò non si può dire giuridicamente, che la costituzione della servitù produce lo smembramento della proprietà, che rimane integra rispetto alla cosa: e che dal venir meno della utilità derivante dalla servitù al fondo dominante, non rimane estinta la servitù.

Il diverso contenuto di questi rapporti è la esplicazione del potere assoluto derivante dal diritto di proprietà; è il modo diverso di manifestarsi del potere di disposizione sulla cosa, l'esercizio del quale non può essere limitato (lasciando ora da parte il diritto dei terzi (1)), se non dalla legge, che vi provvede direttamente, e può anche vietare con disposizione generale la costituzione di altri rapporti rispetto alla cosa, all'infuori di quelli ch'essa regola. Ora, col dire di *utilità* che può procedere dalla cosa, si comprende la utilità propriamente detta, che si manifesta con speciali funzioni di cui la cosa è capace; qui la utilità non è resa con apparenza materiale da un oggetto corporale distinto, e vi si comprende pure il *valore* della cosa, che, secondo si è detto di sopra (2), è utilità distinta per il suo carattere speciale.

A fin di coordinare i concetti esposti in vari luoghi sull'argomento dell'alienazione del valore, è necessario avvertire, che non sempre quando è oggetto di rapporto giuridico, questo ha la qualità di *reale;* nella obbligazione, l'elemento patrimoniale contiene un'*alienazione di valore,* e il rapporto ha il carattere di personale. Come ciò avvenga, è stato dichiarato nell'esaminare il concetto di obbligazione (3); qui basta distinguere, secondo che l'alienazione esiste

---

(1) Limitazione ricordata nella definizione che del diritto di proprietà è data nel Prog. del Cod. civ. germanico, § 848.

(2) V. il n. 28.

(3) V. il cap. II, §§ 1 e 2; perchè è a riflettere che sebbene il termine di *alienazione di valore* sia comune al *pegno* ed all'*obbligazione*, il modo con cui è dedotto nell'uno e nell'altro istituto, li distingue, li specifica. Nè si creda poi, che dicendo di alienazione di valore nell'obbligazione, si voglia ridurre il rapporto ad una relazione col patrimonio, vietandolo l'elemento personale traverso il

Digitized by Google

rispetto al patrimonio intero considerato genericamente, o rispetto ad una cosa determinata: nel primo caso, si manifesta come elemento del *rapporto di obbligazione*, nel secondo come rapporto reale (*onere reale*). In entrambi, più nel secondo, è contenuto distinto di un istituto giuridico speciale: ma gli si può unire un altro elemento, il diritto personale di credito, con lo scopo di assicurarne il soddisfacimento, e allora dà materia ad un rapporto nuovo, che è il *pegno*. Si potrebbe obbiettare, che il concetto del pegno sarebbe di alienazione del valore di una cosa determinata, fatta per garantire l'alienazione del valore contenuto nel patrimonio; e questa non è obbiezione, ma costruzione giuridica esatta del rapporto di pegno costituito su cosa esistente nel patrimonio del debitore: perchè spiega esattamente come il creditore pignoratizio non perde il diritto di procedere, se la cosa pignorata fosse insufficiente, sulle altre cose appartenenti all'obbligato (1). Nè val meglio la obbiezione fondata sulla possibilità di costituire l'*ipoteca* su tutti i beni del debitore, senza determinarli specialmente (*ipoteca* generale): lo studio della dottrina romana rispetto a questo istituto, convenientemente dichiarata con la indagine comparativa del diritto germanico e del franco (2), mostra come la entità della *ipoteca* generale si riducesse da principio ad un *diritto di prelazione:* e di rapporto reale vi si contenesse soltanto quello che par di avvertire nell'*a. pauliana.*

CAPITOLO III.

Il concetto del pegno, studiato comparativamente ad altri istituti ai quali è affine.

Generalità.

Sommario. — **56.** Utilità della presente ricerca.

56. La designazione dei termini, sui quali è adagiato il concetto del pegno, ha mostrato le attinenze che esistono fra esso e altri istituti;

---

quale s'attua quel primo elemento: nè ad una relazione con la cosa specificatamente compresa nel patrimonio, al tempo della nascita del rapporto, perchè non è onere reale; nè ad una dichiarazione unilaterale di volontà, come atto unilaterale di disposizione della cosa propria, come meglio si osserverà in seguito (V. il cap. seg., § 1).

(1) V. Cod. civ. a. 2080 cit.

(2) V. i nn. 15 e 20 e le note relative.

Digitized by Google

se da una parte vi entra (e in quanta misura!) la figura dell'onere reale, dall'altra con la costruzione dell'alienazione (in senso lato, generico) del valore, entra per qualche cosa la figura della obbligazione; dal quale accordo di elementi trae una consistenza giuridica speciale, lo scopo economico della garanzia. E a motivo di questo concorso, si rende necessaria, per la migliore determinazione dell'istituto, la ricerca sulla comunione di concetti che possa avvicinare il pegno ad altri rapporti; perchè molto interessa di vedere come le varie attinenze si svolgano, e non generino confusione, con la ragion di essere dell'istituto della garanzia reale. Che è stata definita come onere reale, in cui si contiene l'alienazione del valore di una cosa determinata, a scopo di garanzia: ora, dopo le indagini fatte, si può avvertire che la qualificazione di « *onere reale* » accenna al genere, avendosi *oneri reali* di diverse specie; e l'aggiunta di « *alienazione del valore* » non precisa meglio il genere, sebbene lo restringa, perchè si hanno oneri reali con tale contenuto (1); parimenti, nella locuzione « *di cosa determinata* » non si ha ancora la differenza specifica, che è data dall'ultimo termine « *a scopo di garanzia* ». Ma questo fine economico trae dal concorso dei varî elementi giuridici la figura distinta del pegno, il quale, dove si voglia connetterlo alla costruzione di « *alienazione del valore* », considerata come contenuto di un rapporto assai lato, ne è forma speciale, e la specialità gli deriverebbe dai due termini di onere reale, e dello scopo particolare.

Su questi termini sarà condotta la presente indagine, e verrà ricercata l'attinenza del pegno con gli istituti nei quali il concetto di alienazione di valore assume forma giuridica, poi con gli altri che hanno il carattere di onere reale; finalmente, con quelli in cui apparisce lo scopo economico identico al pegno, e la molta affinità nel modo di foggiarne i rapporti rispettivi.

---

(1) Come è stato avvertito (v. il n. 55 e le note), nulla impedisce che si costituisca un onere dove s'abbia soltanto l'alienazione di valore determinato, contenuto in una data cosa.

Digitized by Google

§ 1.

I concetti di pegno, e di alienazione di valore.

SOMMARIO. — **57.** La obbligazione considerata in genere come *alienazione di valore.* Rinvio. — **58-65.** L'alienazione di valore contenuta nel *titolo al portatore.* Natura giuridica di questi istituti: teoria di Savigny. Teorie di Brunner e di Thöl. Teoria di Goldschmidt. Teoria di Kuntze e di Siegel. Teoria proposta; Analogia, e diversità che corrono da questo istituto al pegno.

57. Nel rapporto di obbligazione, in quanto fin da principio vi è contenuta la prestazione di un valore, oppure l'oggetto primitivo vi si risolve in seguito, il concetto di alienazione di valore è fondamentale per la costruzione dell'istituto (1); certo, la modificazione avvenuta nel diritto odierno rispetto alla possibilità di esecuzione giuridica del rapporto, malgrado non vi concorra la volontà, il fatto del debitore (2), ristringe di molto il concetto della necessità che l'oggetto si possa estimare in valore (3): e giustamente, perchè se la volontà può avere quella esecuzione che era in mente del dichiarante, non vi è ragion giuridica (all'infuori del sistema procedurale), che spieghi la sostituzione arbitraria dell'oggetto dedotto nel rapporto. Ma la innovazione non toglie l'elemento della *estimazione del valore*, quando nè il debitore presti quel *fatto* che sarebbe l'oggetto diretto del vincolo personale (4), e l'oggetto non è

---

(1) Cosicchè, astraendo, nella obbligazione esiste di necessità quest'alienazione, dipendente dall'elemento patrimoniale ch'entra a costituire il vincolo; al quale concetto forse intendeva il SAVIGNY, dimostrando come nella obbligazione la *prestazione* del debitore sia l'elemento che prevale, quello cioè che dà determinazione, consistenza all'atto. SAVIGNY, *Obligationenrecht*, § 64.

(2) Cod. civ. a. 1220, 1222 cit.

(3) Cfr. Prog. del Cod. civ. germ., § 206 cit.

(4) S'intende agevolmente, come il concetto di alienazione di valore, contenuto nell'elemento patrimoniale della obbligazione, non richiegga di necessità che l'oggetto sia valutabile in moneta: il *valore* di cui si parla, è inteso genericamente, per affermare la relazione patrimoniale nascente dalla obbligazione. Vero è, che parrebbe difficile intendere come, dato questo concetto, non si affermi la necessità che chi stipula abbia, per agire, interesse patrimoniale nella obbligazione: (conf. IHERING, in *Jahrbüch. f. d. D.*, XVIII, p. 41 e segg.), ma si può osservare, che questo interesse è presunto nel fatto stesso dell'obbligazione, salvo poi a dimostrarne la *realtà*, quando, per l'inadempimento, si chiegga l'indennità e allora si deve dimostrare la *diminuzione vera* del patrimonio.

Digitized by Google

tale che il creditore possa ottenerlo senza il concorso del debitore, oppure il creditore preferisca a questo diritto l'azione contro il debitore per avere il rifacimento del danno: in questa ipotesi, la obbligazione si risolve in *alienazione di valore*, e si potrebbe dire che si *risolve effettivamente*, perchè da principio esiste la possibilità della risoluzione, che si avvera con l'inadempimento colposo, totale o parziale (1).

Qui, come s'è avvertito più volte, la voce *alienazione* è adoperata *lato sensu*, per designare il diritto del creditore a detrarre dal patrimonio del debitore quel valore che risponde alla entità della prestazione, e vi è compreso non il solo caso di riacquisto di un valore che sia di già entrato nel patrimonio del debitore, o di acquisto del valore corrispettivo a quello che s'è dato: ma anche la ipotesi di diminuzione alla quale non risponde alcuna utilità come può avvenire per la donazione, o in conseguenza della risponsabilità pei fatti illeciti. Ora non è questa l'alienazione di valore che occorre nell'istituto della garanzia reale: senza ricercare qui qual fosse veramente il concetto del pegno *generale* (2), e quali vestigia ne rimangano nel diritto odierno, manca nell'alienazione di valore, considerato rispetto alla *obbligazione*, il rapporto reale ch'è termine principale del pegno. Che da essa, e perciò dalla garanzia (in genere) offerta dal patrimonio ai creditori, possa nascere la garanzia reale, è ricerca che qui non sarebbe al tutto opportuna; e riguarda la entità della *ipoteca giudiziale*, che nel concorso fra i creditori ai quali il patrimonio è garanzia comune, dà il vantaggio derivante dalla prevenzione, come la data regola il concorso fra più creditori che abbiano garanzia reale sulla medesima cosa (3). Ma da questa costruzione non segue veruna obbiezione contro il raffronto fatto.

Per il quale basteranno quel che s'è detto nelle ricerche fatte di sopra con molta latitudine (4), e queste notizie, che le compiono; convien solo di aggiungere, che nel pegno l'alienazione, per il fine che la distingue, esiste come il contenuto di un peso, che vien realizzato quando segue l'avvenimento dal quale dipende la esecuzione della garanzia. E che l'alienazione esistente nella obbli-

(1) Ma senza che si debba dedurre da ciò, che il rapporto sia giuridicamente il medesimo.

(2) V. il cap. I, § 1.

(3) V. la n. 3 a pag. 105.

(4) V. il cap. II, § 2.

Digitized by Google

gazione, e quella che si ha nella garanzia possano concorrere nel medesimo patrimonio (pegno dato dal debitore), è stato dimostrato, studiando l'elemento della *esecuzione reale* (1).

58. Le cose esposte sulla natura della garanzia reale, e specialmente la prevalenza che, per virtù della realità, assume rispetto alla obbligazione garantita (2); e quindi, la mobilizzazione che dovrebbe derivarne per il valore delle cose immobili su cui pesa, persuade a tentarne il raffronto con una forma che la obbligazione può assumere (3): il titolo al portatore. La ricerca che dichiarerà le poche attinenze e le molte diversità tra i due istituti, darà poi opportunità di esaminare genericamente quelle forme speciali di rapporti in cui le diversità diminuiscono di assai, e le analogie aumentano.

Lo studio sulla entità del titolo al portatore ha così grande ampiezza, da non consentire qui, dove la trattazione ne avviene per incidenza, che breve discorso: e soltanto per il raffronto di cui si è detto. La dottrina dà per questo istituto due costruzioni che partono da concetti al tutto opposti: una dà per contenuto al titolo al portatore il riconoscimento di una obbligazione costituita fra chi lo ha sottoscritto e il primo portatore (4), connettendovi un tacito accordo rispetto alla cessione, ed alla persona che legittimamente potrà esigerne il pagamento; l'altra non trova sufficiente questo elemento della convenzione tacita, per chiarire come il rapporto si ristringa tra il firmatario e l'ultimo portatore del titolo, che dev'essere considerato quale creditore diretto dal firmatario, e nella sola formazione del titolo vede una dichiarazione efficace di volontà, un atto di disposizione patrimoniale, che per esistere giuridicamente

---

(1) V. il n. 50, e le note relative: dove s'insiste assai, nell'avvertire la relazione che è fra la *obbligazione* e la *garanzia reale*, quando la cosa onerata è contenuta nel patrimonio del debitore.

(2) V. i nn. 48 e segg.

(3) Non pare che si possa considerare il *titolo al portatore* come contratto speciale (Cfr. Motivi del Prog. di Cod. civ germ., II, p. 91 e segg.; Cfr. GIERKE in *Iharb., f. Gesetzb. Verwalt. u. Volkswirtsch.*, XIII, p. 220 e segg.).

(4) V. specialmente BRUNNER, *Beitr. z. Gesch. u. Dogmat. d. Werthpapieren* in Zeitschr. f. Handels., XXII, XXIII; *D. franz. Inhaberpap., d. Mittelalters*, trad. *in Nouv. R. hist.* 1866, p. 10, e 139 e segg.; *D. franz. Inhaberpap.* in *Handb.* di ENDEMANN, II, pag. 155 e segg.; GIERKE e BRUNNER *Zeitschr.* cit. XXIX, p. 254 e segg.; THÖL, *Handelsr.* (trad. it. del MARGHIERI), § 312; FOLLEVILLE, *Tr. de la possess. des meubles* (Par. 1875) n. 148 e segg.

Digitized by Google

non abbisogna del concorso della volontà dell'acquirente. L'atto di disposizione è nel titolo, e chi lo acquista, quando che sia (o sia il primo o pure un successivo acquirente) e in buona fede da chicchessia (legittimo proprietario o pure no), dev'essere considerato come se direttamente lo abbia avuto dal debitore.

La prima costruzione (1), è convalidata dalle ricerche storiche: ma com'è esposta dagli autori che la insegnano, non è difesa contro le critiche avversarie; vi si distingue, e questo è termine fondamentale, la proprietà del titolo dal possesso, che è bastevole perchè il debitore possa pagare senza pericolo alcuno di non legittimità del pagamento (2): ma, davanti a tal'efficacia, la distinzione riman priva d'importanza. Bisognerebbe, per ovviare a questo difetto della costruzione, estendere la virtù della convenzione tacita, in modo che rispetto al debitore il possesso del titolo equivalga all'averne la proprietà; ma rimarrebbe sempre una grave obbiezione dedotta dalla stipulazione per altri, e dalla stipulazione a favore di persona incerta (3). Che è pure osservazione valida contro la teoria, che, sostituendo al titolo il carattere ricordato dianzi, vorrebbe determinare con miglior esattezza i rapporti tra i portatori successivi, e tra l'ultimo ed il debitore: il contratto si riferirebbe direttamente a queste due ultime persone, talchè i primi portatori avrebbero rispetto all'ultimo la qualità di intermediari che intendono a procurare l'incontro delle due volontà (4). Ma è davvero questa la figura del primo portatore e degli altri successivi

---

(1) V. Brunner, *op. cit.*; Salvioli, *I titoli al portatore*, Bologna, 1883; Goldschmidt, *Handb. d. Handelsr.* (III^a ed. Stuttgart, 1891, p. 387 e segg.).

(2) Thöl, op. cit., l. cit.

(3) Si badi: la concezione, onde muove questa teoria, è lo sforzo di conciliare il concetto della obbligazione (contratto stipulato originariamente fra due persone) col bisogno, onde trae la sua origine storica il titolo al portatore, che è di astrarre dai portatori anteriori. A quest'ultimo fine, s'intende con la distinzione della proprietà dal possesso: il quale se non *legittima* le posizione giuridica del portatore, autorizza il *debitore* a pagar *sicuramente* in sue mani. Ma questo è espediente che non contiene una vera costruzione giuridica: non dimostra perchè, dato il contratto originario, il debitore non possa opporre le eccezioni che sono inerenti alla costituzione di esso.

(4) Goldschmidt, in *Zeitschr.* cit., XXVIII, p. 56 e segg. L'osservazione contenuta nel testo, par decisiva: si sente sempre nella costruzione il bisogno di coordinare i principii teorici, allo scopo del rapporto costituito col titolo al portatore: ma il risultato non vi è raggiunto, sebbene sia colta una parte di vero rispetto alla funzione che i portatori anteriori compiono rispetto all'ultimo.

V. in genere, Windscheid, op. cit., § 304.

Digitized by Google

anteriori all'ultimo che presenta il titolo per avere il pagamento? ognuno di essi non ha in vista l'acquisto di un diritto a vantaggio del suo patrimonio? altrimenti, a favore di chi egli vuole acquistare?

Nè è espediente bastevole ai bisogni di una costruzione esatta, questo di presentare i portatori anteriori come intermediari: non che il concetto sia al tutto difettoso, ma con la veste che gli è data non può essere accolto. Questi portatori avrebbero, in definitiva, la qualità di rappresentanti di chi neppur essi sanno ancora possa e debba essere il rappresentato: una rappresentanza, dedotta dal fatto che trasmettono il titolo, non esistente da principio.

Si è sperato di scansare la difficoltà, costruendo sulla virtù della dichiarazione di volontà fatta rispetto al patrimonio da chi ne ha la disposizione; il concetto è esatto, ma lo si esagera a danno della verità, quando si costruisce con linee molto generali l'istituto della dichiarazione unilaterale della volontà (1). Che la volontà di obbligarsi sia manifestazione del potere di disposizione spettante ad una persona rispetto al suo patrimonio, è l'elemento sul quale è stato costruito di sopra il concetto della obbligazione (2); con questo non s'è inteso dire, che la volontà del dichiarante sia da sola sufficiente sempre a costituire il negozio giuridico. Altro è discutere se, e quando, da che è manifestata, si possa revocarla, altro affermare che da sola dà vita al rapporto. È vero che questo può ben derivare da negozio unilaterale (3), come avviene nel testamento, e nella rinuncia ad un diritto fatta senza scopo od intendimento di trasmetterlo ad altri; ma è da osservare, che non bene s'argomenta da questi esempi per generalizzare la virtù della dichiarazione unilaterale di volontà; perchè nel testamento, per considerazioni che qui non è luogo di esaminare, si ha la facoltà conceduta dalla legge, di dare norme dispositive del patrimonio per il tempo nel quale il disponente avrà cessato di esistere. Con la rinuncia poi, quando è seguita nei limiti descritti, si dispone della cosa, senza preoccupazione del fatto giuridico che ne derivi per altri in conseguenza di quel fatto.

---

(1) KUNTZE, *L. v. d. Inhaberp.* (Leipz., 1857), § 79 e segg.; SIEGEL, *D. Versprechen als Verpflichtungsgrund in heut. Rechts* (Berl., 1873); STOBBE, *Handb.* cit., § 171; FÖRSTER, *Th. n. Pr. d. heut. germ. possess. Privatrechts* (ed. ECCIUS, Berl. 1881-84), § 64. Ma sul concetto fondamentale di questa teoria, cfr. SAVIGNY, op. cit., e v. qui più avanti la esposizione della costruzione ch'egli ha proposto.

(2) V. il cap. II, § 1.

(3) V. KUNTZE, l. cit. Una esposizione, assai ben fatta, delle varie teorie, è fatta nel libro del WAHL, *Tr. th. et prat. des titres au porteur* (Par., 1891), p. 179-201.

Digitized by Google

Non pare dunque sia bene invocata l'analogia col negozio unilaterale che è il testamento, per la conseguente generalizzazione proposta: d'altra parte, pur accolto il concetto di atto dispositivo contenuto nella dichiarazione di volontà, non si vede come possa derivarne rapporto veruno prima che altri vi consenta. Fino a quando questo atto rimane presso il dichiarante, qual valore giuridico può ottenere (1)? Lo ha soltanto dopo seguìta la emissione, acconsentendovi il debitore; altri afferma che questo consenso non è necessario, e basta che il titolo, anche per via di furto, esca dal patrimonio del debitore (*creazione del titolo* (2)), ma è facile avvertire qual contraddizione sia fra i termini della teoria, e fra questa e la volontà stessa che è detta il fondamento dell'istituto. Perchè, se è necessario che il titolo esca dal patrimonio del debitore a fin di avere virtù giuridica, questa è conseguenza della emissione, e quindi dell'*acquisto* fattone da altra persona; ora, non è affermazione corretta che il furto sia causa legittima di acquisto del diritto; e quando s'abbia riguardo alla *volontà creatrice del titolo*, è certo che in essa si connettono la disposizione avvenuta e la offerta che dovrà seguire (3).

Anche lasciate da parte queste obbiezioni, la dottrina non ne ha gran vantaggio. È costruzione, che indipendentemente dalla storia dell'istituto, vuole spiegare il fatto giuridico di già noto, il rapporto diretto fra il debitore e l'ultimo portatore del titolo; e non raggiunge lo scopo. Anche attribuendo alla disposizione la virtù di atto unilaterale, come non tener conto dell'acquisto fatto dal primo portatore? l'atto unilaterale spiega forse il rapporto fra il primo ed i portatori successivi, toglie questa successione di negozii, la sopprime come mai avvenuta? La dichiarazione unilaterale di volontà non può produrre quest'effetto; se per essa la volontà del debitore non è termine necessario per la costituzione dei rapporti fra i portatori successivi, ciò non toglie ch'essi non abbiano avuto esistenza; forse avviene altrimenti nella obbligazione assunta verso una persona determinata? Nè argomentando dal concetto di obbligazione non cau-

---

(1) Certo nessuno: perchè non separa alcuna parte del suo patrimonio. V. GIERKE, in *Jahrb.*, cit. p. 223 e segg.

(2) Cons. KUNTZE, l. cit. Cfr. FÖRSTER, STOBBE, l. cit.

(3) FÖRSTER, l. cit.; STOBBE, l. cit.

Digitized by Google

sata (1), si dà sostegno alla teoria: la difficoltà sta interamente nella trasmissione del titolo, nello spiegare cioè come il debitore sia tale da principio, soltanto verso l'ultimo portatore: la virtù riconosciuta alla dichiarazione unilaterale di volontà, non chiarisce come, a differenza di quanto avviene nella *cessione* ordinaria, non si badi alle trasmissioni successive del titolo, e si consideri l'ultimo portatore come il solo creditore che lo abbia avuto presso di sè.

Questa teoria è dedotta in gran parte da una costruzione, che pur tenendo il concetto di obbligazione, elimina la distinzione avvertita fra proprietà e possesso, e pone in rapporto immediato l'ultimo portatore col debitore; ma la obbiezione fatta è ancor più forte. Nè, come s'è avvertito, è sufficiente a toglierla la costruzione fondata su i due termini della *incorporazione del credito nel titolo*, e del *contratto con persona incerta* (2). La dottrina, ch'è stata discussa dianzi, è tutta costruita sul primo di questi due elementi, il quale, da solo, non basta a sorreggerla: la incorporazione non spiega e non toglie il fatto delle trasmissioni successive, e il contratto con una persona incerta è figura che mal si conviene all'istituto della convenzione nascente dal consenso.

Pure, non si può revocare in dubbio, che questi due termini, e specialmente il primo, abbiano influito assai sullo svolgimento della teoria. I fonti più antichi, nei quali apparisce la figura del *titolo al portatore* (3), vi accennano senza metterlo in relazione con la *cessione del credito*, ma col *vinculum cautionis;* e la virtù della *cautio* rimane dopo introdotto nella costruzione l'elemento della *cessione*, accolto specialmente nella dottrina italiana e francese (4). Qualcuno degli scrittori più antichi, intese la formola così,

---

(1) Cons. su questi punti SIEGEL, l. cit. Certo, argomentando dal concetto del SAVIGNY (op. e l. cit.), che nel rapporto di obbligazione dà parte precipua alla promessa dell'obbligato; e specialmente della nozione esposta più volte, che nella obbligazione vede l'alienazione di un valore patrimoniale, s'otterrebbe il risultato vagheggiato dal SAVIGNY, di rendere l'obbligazione trasferibile come una cosa corporale. Ma s'otterrebbe realmente? Ecco il dubbio: perchè quest'alienazione non è determinata materialmente nel patrimonio: e poi, comparisce mediante il fatto della persona. E allora come non tener conto del primo rapporto contenuto nella emissione?

(2) SAVIGNY, *Obbligationenr.*, §§ 61 e segg.

(3) La ricerca è fatta compiutamente dal BRUNNER, l. cit; v. pure GOLDSCHMIDT, l. cit.; SALVIOLI, l. cit.; e il compendio che di questi studi è fatto con molta larghezza dal WAHL, op. cit., I, pag. 54 e segg. V. CHIRONI, op. cit., nella n. seguente.

(4) V. su queste affermazioni, CHIRONI in *Giurispr. ital.*, 1892, p. III, f. 5.

Digitized by Google

da inferirsene il pensiero di foggiare la teoria dell'istituto sulla figura del *procurator in rem suam*, che fu l'espediente adottato un tempo nel diritto romano per dare teoricamente efficacia alla *cessione del credito* (1); ma evidentemente, la spiegazione non bastava a raggiungere l'effetto del mettere il portatore in relazione diretta col debitore, come se da lui avesse avuto causa: il *procurator in rem suam* è cessionario (2). D'altra parte, il concetto della *cautio* era sempre soverchiante; e sebbene fosse chiarito il rapporto fra la scrittura e la obbligazione, quello domina così nella formula alternativa, come nell'altra pura e semplice *al portatore*. Per mettere in accordo l'istituto coi principî, si richiamò, rispetto alla formula alternativa, la figura dell'*adiectus solut., causa;* e per dimostrare il diritto ch'egli aveva di agire in giudizio, lo si tenne per la *traditio*, come mandatario del creditore (3). Ma questo rapporto del mandato non rispondeva all'entità dell'istituto: soverchio per intendere ad un semplice procuratore autorizzato ad esigere, s'è considerato come vera cessione del credito, non può dichiarare il rapporto diretto fra il portatore ed il debitore. Non si è lontani dal vero, pensando che in queste dottrine si scorge sempre l'idea esposta, dell'importanza riconosciuta in origine alla *cautio*, quasi desse contenuto all'obbligazione; idea enunciata più tardi con la formula d'*incorporazione del diritto di credito nel titolo*, e che è tutta nell'estensione al titolo al portatore, della regola ricevuta sulla efficacia del possesso dei mobili corporali (4). Alla virtù della *cautio*, si dovette unire quella inerente a questa massima; così, senza supporre una nozione oggettiva della obbligazione quale ai vecchi scrittori non poteva apparire, col concetto della *cautio*, unito agli altri di cessione del credito, e di cessione della *cautio*, considerata come cosa corporale, s'otteneva un risultato pressochè identico. Certo, è nota la importanza assunta dalla dottrina canonica sulla formazione del contratto, e sul possesso esteso anche

(1) Su questo argomento v. KUNTZE, *Die Oblig. u. Singularsuccession* (Leipz., 1856), §§ 9 e seg.; ed ora HUC, *Tr. de la cession de créances* (Paris, 1891, l. IV, n. 124 e segg.). Su quanto è detto nel testo, v. BOUTTEILLER, in CHIRONI, l. cit.

(2) La ragione storica della formula è attribuita al divieto della cessione del diritto di credito, e della facoltà di farsi rappresentare in giudizio (v. BRUNNER, l. cit.). Su ciò, e sullo sviluppo del concetto giuridico che è nel titolo al portatore, cfr. CHIRONI, op. cit., nella n. 4, p. 114.

(3) V. i testi nelle op. cit. nella n. 2, e nelle nn. 3 e 4 della pag. prec.

(4) Come ora è ordinato nella legge civile italiana: art. 707.

Digitized by Google

ai diritti di credito: e par si rivelasse nella possibilità giuridica che, mediante *un fatto* (portare il titolo), sia designata la persona che potrà validamente esigere, senza che il debitore si preoccupi dei rapporti esistiti, o che possono esistere fra essa ed il creditore anteriore. Ma altra, come s'è osservato, è la ragione di questa virtù del possesso, che è pure fondamento della dottrina costruita di poi, sui risultati della indagine storica (1). Così, la storia dell'istituto dimostrerebbe, che vi è contenuto come termine essenziale il contratto; ed il concetto, ch'era generale, dell'importanza della *cautio*, lo distingue in seguito non soltanto per la forma specialissima, ma anche per il contenuto specialissimo della cessione.

59. Dalla quale esposizione si rileva, che la difficoltà occorrente nella costruzione teorica dell'istituto, è tal quale appariva ai giuristi antichi, che indagavano gli elementi giuridici di un rapporto già impostosi nella pratica com'era avvenuto di un altro che gli è tanto affine, la lettera di cambio: forse, nello studio storico del titolo al portatore non si è tratto da questa affinità tutto il partito possibile. E sebbene oggi si voglia asserire che la entità giuridica dei due istituti è profondamente diversa, perchè nella lettera di cambio vi è la stipulazione per altri, unita alla tacita convenzione fra il debitore ed il primo portatore che dispensa da ogni forma di notifica, pure, ciò non sembrerà molto esatto a chi osservi che non vi può esser ombra di stipulazione per altri, dove la trasmissione del diritto si presenta come l'esercizio giuridico del potere di disposizione. La difficoltà, cui si è già accennato, consiste nell'intendere la particolarità con la quale si effettua la trasmissione del titolo (2); i vecchi giuristi non discutono il concetto di contratto, e

(1) Concetto di molto rilievo per la ricostruzione del concetto giuridico che s'ebbe dei titoli al portatore. Perchè la condizione di portatore autorizzava ad esigere, ed abilitava il debitore a pagare, senza pericolo che il pagamento fosse mal fatto, per difetto di qualità attribuente diritto di esigere e ricevere; questa considerazione, se assicurava il debitore, non attribuiva al portatore nei rapporti col creditore il diritto nascente dal titolo. Quindi, non ricerca sulla condizione del portatore rispetto al titolo: non questione s'egli sia cessionario, o soltanto procuratore per esigere; si bada all'elemento del *possesso*, e questo è sufficiente *a*) perchè il portatore possa esigere; *b*) perchè il debitore paghi bene. Cfr. BRUNNER, loc. cit.,; e su ciò, e sulla prova richiesta in origine della legittimità del possesso, v. CHIRONI, l. cit.

(2) È vero, come s'è avvertito, che la condizione giuridica del portatore è qua-

Digitized by Google

non era, nè è possibile il farlo: e pure affermandolo (con la figura del *procurator in rem suam*) giustificano col possesso l'anormalità della cessione; dei moderni, una gran parte pensa di togliere la difficoltà negando il *contratto*, come se questa figura, dopo eliminata per commodo di costruzione, non ricomparisca e si affermi nel rapporto fra il debitore ed il primo portatore del titolo.

Si avrà dunque la spiegazione di questo elemento speciale dell'istituto, supponendo la tacita convenzione fra il debitore ed il primo portatore, che debba essere riputato creditore legittimo chi *porterà* il titolo per averne il pagamento? Pur ammettendo che la designazione del creditore si possa fare validamente con la indicazione di un fatto (portare il titolo), e che non è necessario per il creditore di stipulare il diritto di cessione, onde la convenzione tacita varrebbe come se si dicesse che il debitore dovrà tenere per legittimo cessionario, chi *porterà* il titolo (nè altra è forse la costruzione per la lettera di cambio): si è lontani dalla vera figura dell'istituto, nel quale l'ultimo portatore ha di fronte al debitore un diritto proprio, perchè nella emissione vi è il *contratto*, e questo è costituito con persona incerta: la quale stipula poi, dichiarando che deve tenersi per legittimo cessionario chi presenterà il titolo. Si dirà che il contratto interviene con quest'ultimo, considerato come persona incerta: ma in che modo si deve poi determinare il fatto della emissione? Si otterrà qualche soccorso dall'avvicinamento dell'istituto alla figura della solidarietà attiva, dicendo che vi ha indeterminatezza rispetto al creditore, e che è risoluta dal fatto della presentazione del titolo (1)? Neppure; qui il creditore è *uno*, e non è che sia indeterminato nel senso che occorre nella solidarietà attiva; esso esiste, ma il saper chi sia, sarà indicato dal fatto della presentazione del titolo: ai portatori anteriori non si deve badare in veruna guisa (2).

---

lificata con questa terminologia, dalla quale si deduce il concetto di cessione; ma è vero del pari, che i vecchi giureconsulti intendevano la disparità che era tra lo scopo dell'istituto di mettere in relazione diretta il portatore col debitore, e la costruzione teorica che poneva di necessità il portatore in rapporto coi portatori anteriori. Vi si ovviò con la efficacia data al *possesso* del titolo, dov'è ancora la efficacia della *cautio* sopravissuta al *vinculum cautionis*. Tant'è, che nella costruzione questo elemento ha poi la prevalenza. V. Chironi, l. cit.

(1) Su questo concetto v. Ryck, *Lehre v. d. Schuldverhältnissen* (ed. 1889), § 31.

(2) Certo, se si vuol proprio vedere un po' d'analogia fra i due istituti, per

Digitized by Google

Questa disamina dei tentativi di costruzione, suggerisce un nuovo consiglio. Fondamento della costruzione è l'atto di disposizione manifestato dal debitore che sottoscrive, *ed emette* il titolo: la volontà dell'emittente è di tenersi obbligato verso la persona che *si presenterà col titolo* per esigerne il pagamento: quindi, col fatto della emissione volontaria (1) vi è la *offerta* del debitore (2), e l'accettazione del primo creditore, cui la emissione è fatta, costituisce il contratto: al quale si suppone acceda il patto, che il creditore possa revocare la sua volontà, rimettendo in circolazione la offerta del debitore, contenuta nel titolo. Nel fatto del portatore che trasmette il titolo, non vi è cessione, ma la continuità della *offerta* del debitore, che avrà a creditore la persona che glielo presenterà per esigere; cosicchè egli saprà con chi sia in rapporto, quando avverrà la presentazione. Prima che mediante tal fatto sia determinata la persona del creditore, la offerta del debitore può continuar validamente, perchè se il portatore si spoglia del titolo, essa riprende il suo valore; nè si obbietti che in tal caso il debitore può revocarla prima che alcuno si presenti per il pagamento, perchè la sua volontà di revocare non sarebbe compatibile con la volontà di considerare come creditore quel portatore che gli domanderà il pagamento del titolo; sarebbe una facoltà contraddittoria a quella volontà che determina la esistenza dell'istituto. D'altronde, come la revoca può togliere, a chi avesse acquistato il titolo, il diritto di *presentarlo* per il pagamento? oppure il diritto di non voler più essere creditore, ridando alla offerta la sua continuità, se il debitore non può toglierlo o restringerlo? È evidente, che la facoltà di revocare non si ha, perchè con-

---

questa indeterminatezza, la cosa è possibile: si può dire, che la prevenzione del creditore o la scelta del debitore toglie la indeterminatezza ch'esiste relativamente all'esercizio del diritto; e che la presentazione del titolo *determina* il soggetto attivo. Ma il ragionamento non dà risultato utile.

(1) Non par possibile dar valore all'*offerta*, se la emissione non segue volontariamente, perchè non s'avrebbe un atto emanante dalla *volontà* di chi intende di contrarre obbligazione. Tant'è, che anche alcuni fra i dottori che accettano il fondamento posto alla teoria della creazione del titolo, non ammettono che si debba spingere la concezione della virtù data alla volontà, a segno da ritenere inutile la ricerca della volontarietà nella emissione. V. FÖRSTER, l. cit.

(2) La seguita trasmissione indicherebbe: si ottiene così il risultato che si vorrebbe raggiungere con la teoria degli *intermediari*, ideata dal GOLDSCHMIDT (l. cit.), più ancora, il concetto dell'*intermediario* rimane, ma reso, pare, con maggior chiarezza. V. CHIRONI, l. cit.

Digitized by Google

traddice all'entità della obbligazione. Giova avvertire che si potrebbe pur costruire sul concetto di surrogazione.

60. La teoria proposta, che par vera qualunque sia il numero od il contenuto del titolo al portatore (1), non risponde forse alla legge, dove apparisce ancora il concetto della *cautio* con la incorporazione (2); ma segnala meglio le analogie e le differenze fra questo istituto e la garanzia reale. In entrambi emerge il concetto del potere di disposizione spettante alla persona (debitore; proprietario della cosa data in garanzia) che *maggiormente* concorre a crearli: sebbene, salva la eccezione della garanzia reale ordinata nel testamento, la volontà del costituente non basti da sè a dar vita all'istituto, pure è innegabile ch'esso è contributo massimo alla sua esistenza, e questa differenza di grado nella entità del concorso, si rivela nella forma con la quale si può fare l'*acquisto del diritto* (3). Entrambi, dove si badi alla prevalenza che il rapporto derivante dalla garanzia

---

(1) Cfr. § 701 del Prog. di Cod. civ. germ.: e *Motivi*, II, su q. §. La questione sulla necessità o la opportunità di limitare la libertà di emettere titoli al portatore dev'essere risoluta con altri criteri, perchè se argomentando dalla entità giuridica dell'istituto, si dovrebbe affermare questa libertà, altre considerazioni dell'interesse generale connesso al credito in genere, e al modo di regolare il credito *pubblico*, possono giustificare i provvedimenti restrittivi. (Cfr. tuttavia SAVIGNY, *op. cit.*, § 65, che giustifica la limitazione, con la eccezionalità della costruzione proposta). In Italia la legge abolitiva del corso forzoso (L. 30 aprile 1874, a. 1), accenna incompiutamente questa materia: l'assoggettare a multa il privato che emette titoli al portatore, non è sanzione contenente la proibizione, e perciò la nullità del titolo emesso. Ma altre e gravi son le ragioni di dubitare contro la validità dell'emissione del titolo al portatore fatto oltre i casi in cui la legge lo consente; v. CHIRONI, in *Giurisprud. ital.* 1892, p. III; e cfr. Cass. di Roma 31 dic. 1891 in *Foro ital.*, 1892, I, 9 e segg.

(2) Cod. civ., a. 707 *cit.*

(3) Badisi: l'analogia non può essere spinta oltre il segno, ch'è determinato dalla indole giuridica propria dei due istituti: perchè il titolo al portatore contiene un diritto di obbligazione, e la garanzia qui esaminata, un rapporto reale. Ma nel titolo al portatore, per il modo col quale il *valore* vi è considerato, par di scorgere una parte di patrimonio posta in commercio come qualcosa di materiale, ch'esiste per sè, e perciò può essere oggetto di transazioni successive: vi si realizza quasi il concetto del SAVIGNY (l. cit.), che attribuendo alla *prestazione* la entità data alle cose corporali, ne derivava la possibilità di trasmettere il diritto di credito come avviene per queste ultime, dove la cosa è posta in relazione diretta con l'acquirente. Concetto che riceve maggior luce dalla teoria qui proposta sulla *obbligazione:* ma, qualunque costruzione si faccia, certo, se l'analogia fra i due istituti è grande, come s'è avvertito nel testo; la differenza è ancor maggiore.

Digitized by Google

reale toglie sul rapporto personale garantito (1) dànno, con la mobilità che ne deriva al patrimonio immobiliare, maggiore speditezza alle contrattazioni, ed estensione e saldezza al credito, che ha in essi due stromenti potentissimi; e quando il titolo al portatore contiene, come generalmente suole, una obbligazione, si ha in entrambi una disposizione del valore, che nella garanzia reale è ristretta ad una cosa determinata (o ad un insieme di cose determinate), com'è stato avvertito nel raffronto col rapporto di obbligazione (2).

L'affinità fra i due istituti è maggiore, quando la garanzia reale (intesa specialmente rispetto agli immobili) fosse costituita con la forma di titolo al portatore, come avviene in alcune legislazioni (3); poco rileva se insieme al rapporto di obbligazione, o separatamente: perchè se è costituita a parte, il concetto esposto della sua prevalenza sul diritto di obbligazione, e la entità del titolo al portatore dichiarano come il pagamento del credito garantito debba esser fatto al portatore del titolo: come apparirà meglio dal discorso che sarà tenuto in seguito (4). E più notabile è l'affinità, se il rapporto è costituito direttamente fra la cosa ed il portatore (5); ma in nessuno di questi raffronti l'attinenza è così forte da togliere il carattere speciale della garanzia reale, e cioè la relazione col rapporto di obbligazione: riman sempre il suo fine economico e giuridico, che è la cautela della obbligazione (limitatamente al valore realizzabile della cosa onerata).

61. La funzione che spetta alla cosa nel rapporto di garanzia reale, e il diritto di agire contro di essa per dedurne il valore contenuto nella obbligazione garantita, come spiegano le attinenze avvertite con la garanzia personale, e le locuzioni *obligatio rei*, *rem obligare*, così inducono la necessità del raffronto di questo istituto con la *obligatio propter* (*ob*) *rem*. Raffronto accennato di sopra (6),

(1) Cons. i nn. 49 e segg. V. pure in questa parte generale il trattato sull'esercizio del diritto di garanzia.

(2) V. il cap. II, § 1.

(3) Come avviene con la lettera ipotecaria (*Briefhypotek*) ammessa dal progetto del Cod. civ. germanico (§§ 1106 e segg.).

(4) V. la n. 1.

(5) Così nel *Grundschuld*, debito fondiario, che il progetto ricordato promette di istituire con la forma della lettera ipotecaria, la obbligazione personale vi è tolta interamente (§§ 1135 e segg.).

(6) V. la n. 2.

Digitized by Google

ma che abbisogna di discorso più ampio in questa parte, dov'è studiata la relazione della garanzia reale con la obbligazione; si è avvertito di già, che l'affinità tra i due istituti era molta ed intima, e che la garanzia reale, considerata rispetto al terzo possessore, ha carattere di *obligatio ob rem*, diversamente da quanto avviene rispetto al debitore, in causa della *obbligazione* che deve eseguire; ora, queste notizie richieggono che s'indaghi meglio la entità dell'*obligatio ob rem*, perchè se questa venisse detta impropriamente *obbligazione*, e il concetto suo fosse identico a quello che ha l'*alienazione del valore* (o *di valore*) contenuto in una cosa determinata (1), la garanzia reale potrebbe esserne una specie.

La figura della cosidetta *obligatio ob rem*, s'ha quando chi ha la proprietà della cosa, o il diritto reale cui è congiunta, deve eseguire una prestazione determinata, che dipende necessariamente dal fatto di aver la cosa rispetto alla quale la obbligazione è stata costituita originariamente: così, il *diritto* che nasce dal rapporto non può essere esercitato, secondo la natura sua, contro *quella persona* ch'è concorsa a dargli esistenza, ma contro chi ha la cosa, e perchè ha la cosa. Non che vi sia cessione, o novazione; non occorre che nella trasmissione della cosa sia espressamente stipulata la surrogazione (attiva o passiva) del rapporto; e sebbene dal non aver fatto conoscere il peso all'acquirente, possano nascere relazioni giuridiche speciali fra lui e il trasmittente, il creditore vi è interamente estraneo. Il suo *credito* esiste rispetto alla cosa, perchè il suo diritto contiene l'acquisto di un valore che vi è contenuto; e chi ha la cosa, ha un diritto diminuito di quel valore; si ha l'alienazione della cosa (proprietà della cosa, o diritto reale di godimento su di essa) contrapposta all'alienazione del valore che ha, e quando sia contrapposta più generalmente all'utilità che può dare, sorge netta la figura dell'*onere reale* nel suo significato più largo (2).

---

(1) Certo, se si dovesse argomentare dalla funzione che la cosa ha verso il creditore, nella *oblig. o. r.*, parrebbe ch'essa sia il soggetto passivo del rapporto, appunto come s'ha nelle teorie che dànno alla garanzia reale il carattere giuridico di diritto di obbligazione. Quando poi, come s'è pure osservato per la garanzia reale, si dia al termine *obligatio* una importanza non costitutiva, ma dichiarativa del concetto che si vuol contenuto nel rapporto, parrebbe che fra i due termini vi debba essere non analogia, ma identità. Onde la necessità di studiare con esattezza questa figura di obbligazione.

(2) V. in seguito, in questo capit., il § 2, nn. 66 e segg.

Digitized by Google

Può avvenire che, come per il lato passivo del rapporto, così per l'attivo il diritto di *credito* sia connesso alla proprietà di una cosa (e l'esercizio al possesso); e l'argomento interesserebbe assai per la costruzione dell'alienazione di qualcuna delle utilità separabili dalla cosa, dov'è compresa anche la figura della *servitù*, di cui sarebbe così spiegata teoricamente la inerenza alla cosa (1); ma per i bisogni della presente ricerca basta che vi s'accenni soltanto. Quello che più interessa di avvertire per la esattezza di queste indicazioni, è distinguere le forme che la *obligatio ob rem* può assumere; perchè,

α) può avvenire il contenuto di essa sia un valore determinato contenuto nella cosa (2);

β) oppure un fatto della persona, che si connette d'*ordinario* [non essenzialmente, ma solo naturalmente (3) od accidentalmente (4)] ad un rapporto (reale) di utilità che una cosa deve *prestare* ad un'altra; o ad un rapporto (reale) comune a più soggetti sulla *cosa* posseduta (5);

γ) oppure, un valore, il quale corrisponde all'utilità che il possessore trae dalla cosa, e ne è il corrispettivo (6).

Nelle quali tre specie di rapporti si osserva il concorso degli elementi di cui consta la *obligatio ob rem*, quando a questa locuzione sia dato un significato esteso: la prestazione connessa al fatto di aver la cosa cui si riferisce, e la trasmissione dell'onere con la trasmissione della cosa, instituendo così il rapporto di credito fra l'acquirente ed il creditore, senz'attendere in modo veruno alla volontà di questo per la validità dell'atto. Se in questo concetto stesse la ragione che determina la figura *propria* dell'*obligatio ob rem*, lo si riscontrerebbe facilmente nelle forme descritte; ma scrutinando meglio i termini dell'istituto, si può vedere che non basta a darne la costruzione esatta. Perchè nella prima forma, il diritto spettante al creditore non consiste nel domandare al possessore, che dia la somma corrispondente al valore al quale ha diritto (reale), e che

---

(1) Su questo argomento, v. ora il lavoro cit. di SCIALOJA, dov'è assai interessante la ricerca storica.

(2) Ma s'osservi che questa designazione è fatta per indicare come *in genere* possa apparire accuratamente la figura della *obligatio ob rem*.

(3) P. es., Cod. civ., a. 642, 649.

(4) P. es., Cod. civ., a. 643.

(5) P. es., Cod. civ., a. 559, 560, 561.

(6) P. es., Cod. civ., a. 1556.

Digitized by Google

è contenuto nella cosa: contiene il potere di agire sulla cosa stessa per detrarne il valore, e la *obbligazione* di pagare si riduce soltanto a chiedere al possessore se voglia pagare, non perchè vi sia obbligato, ma per liberare la cosa sua: il possessore non ha obbligazione, ma facoltà di pagare. Oggetto dell'azione, è la realizzazione del valore, e perciò s'intende, che ottenuto dal *creditore* quella parte del valore della cosa, cui si restringeva il suo diritto, il residuo spetti al proprietario: nè si distingue se la vendita sia seguita contro di esso, o se il possessore abbia effettuato l'*abbandono* della cosa (1).

62. Qui dunque l'*abbandono* non significa liberazione da una obbligazione che non esisteva: manca così nella prima forma uno dei termini essenziali per la costruzione dell'*obligatio ob rem*, quando si voglia ridurla alla sua precisa entità giuridica. Questo è appunto il carattere dell'istituto: la esistenza della *obbligazione*, e la estinzione di essa in virtù dell'*abbandono*, che è cessazione di ogni rapporto tra il possessore e la cosa: qui non ha luogo separazione di valore, e l'abbandono non è effettuato per questo fine, sì bene per produrre la *liberazione*. Il qual carattere è evidente nelle figure dei rapporti descritti nel second'ordine (β), dove la obbligazione esiste in conseguenza della proprietà della cosa, e l'abbandono è mezzo liberatorio; il tipo di questa forma è dato dalla *servitus oneris ferendi* (2): e il concetto giuridico che vi era manifestato, fu poi esteso con altre applicazioni, perchè, studiato astrattamente, non si può dire che fosse elemento speciale di questo rapporto, il quale ben poteva esistere senza di esso (3). Col patto della *refectio parietis* (poi sottointeso nella costitu-

(1) Il concetto proprio dell'*obl. o. r.* consiste dunque nel fatto che una vera obbligazione è inerente al diritto sulla cosa; e che, per il modo col quale è costituito e trasmesso, per la relazione cioè che ha col diritto sulla cosa, l'obbligato può liberarsi col mezzo (eccezionale) dell'abbandono. La considerazione separata dell'uno o dell'altro di questi due termini, può condurre a decisioni non al tutto esatte; così s'intende, che considerata la *obl. o. r.* come obbligazione, si nega che avesse figura di rapporto reale; considerata nel rapporto con la cosa, si nega al tutto la esistenza del carattere di obbligazione. È appunto questa inerenza che avvolge la obbligazione nel rapporto reale.

V. per la discussione sulla natura dei *Reallasten*, v. ROTH, *op. cit.*, §§ 284-287; GERBER in *Jahrb. f. d. Dogm.*, VI, 266 e segg., e i *Mot.* del Prog. di *Cod. civ. germ.*, III, sui §§ 1051 e segg.

(2) L. 33 *D. de serv. praed.* (VIII, 2); L. 6, § 2, *D. si serv., vind.*, (VIII, 5). Su questo argomento v. la notevole monografia di SCIALOJA in *Arch. giur.*, XXVII, f. 3, 4.

(3) V. SCIALOJA, *Mon. cit.*

Digitized by Google

zione della servitù) s'intendeva a togliere la possibilità di un atto emulativo: siccome il diritto sul *paries* spetta soltanto al proprietario, così le spese di riparazione debbono esser fatte interamente da lui: ma, in virtù del suo diritto di proprietà, egli sarebbe libero di ripararlo, oppure no. La questione non dev'essere dunque risoluta col criterio della utilità che si trae dal muro (1), che, a volte minore, ed a volte maggiore, esiste sempre anche per il proprietario dell'edificio che vi è appoggiato; si deve badare al criterio del diritto assoluto sul *paries*, che nella sua struttura materiale non rimane modificato dall'esistenza della servitù consistente solo nell'*appoggio* (a differenza della *s. tigni immittendi*). Con la obbligazione della *refectio*, vien moderata, a vantaggio dell'edifizio dominante, l'assolutezza del diritto di proprietà sul *paries*, e perciò s'intende come sia diventato elemento naturale della servitù *oneris ferendi;* questo concetto spiega l'obbligazione della *refectio* imposta nel diritto odierno al comproprietario del muro comune, e mostra perchè la *refectio* nella servitù *o. f.* sia tutta a carico del proprietario. Si avrebbe qui il divieto di un atto emulativo: *atto* s'intende nel suo ampio significato, da potervisi comprendere anche la *omissione:* e forse si potrebbe generalizzare questa osservazione, attribuendo all'istituto della *servitù legale* il carattere di *divieto* di atto od omissione emulativa, imposto dalla legge ai proprietari o possessori che si trovino nelle circostanze prevedute: all'infuori di quella parte in cui la *servitù legale* ha il vero carattere di servitù costituita *ope legis* (2). Il diritto odierno, argomentando esageratamente dal concetto, che il vantaggio nascente alla servitù *o. f.* dall'obbligazione della *refectio*, ben si poteva accordare con qualunque altra servitù (3), ammise la legittimità dell'obbligazione di fare congiunta alla costituzione di essa (4). Ora, l'esistenza del rapporto obbligatorio non induce la figura del diritto *perso-*

(1) Malgrado la investigazione, assai ingegnosa, che lo SCIALOJA fa su questi punti (V. *Mon. cit.*).

(2) Non è qui luogo opportuno di discutere sulla entità giuridica della *servitù legale* (v. da ultimo CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 151 e gli Aut. che cita; e in *Quest. di Diritto Civ.*, Torino, 1890, p. 21, 85 e segg.). Ma, considerato il fine della legge, ben si può affermare che la cosidetta servitù legale è soltanto un *divieto legale, reciprocamente imposto ai vicini di procedere ad atti emulativi.* Così, la natura della *servitù propria* si stacca al tutto da questa figura; eccezione fatta per le *servitù legali* vere: Cod. civ., a. 592 e segg. V. CHIRONI, l. cit.

(3) Su ciò v. ancora SCIALOJA, nella mon. cit.

(4) Cod. civ., a. 643 cit.

Digitized by Google

nale, per il tempo ed il modo di sua nascita: non è rapporto speciale, distinto, e rappresenta *la modalità con la quale l'onere reale dev'essere esercitato.* La obbligazione è trasmessa in una alla proprietà della cosa sulla quale pesa l'onere: e l'abbandono esercita tutta la sua efficacia liberatoria.

63. Nella seconda forma che l'*obligatio ob rem,* in senso largo, improprio, può assumere, la successione nel rapporto di obbligazione è effettuata con la trasmissione del *diritto* cui è inerente; ma l'abbandono non è mezzo liberatorio del debitore. Ciò avviene, quando la obbligazione è termine essenziale dell'esistenza del *diritto reale,* che non può esistere senza di essa, e in essa ha la *causa* giuridica; la obbligazione è il corrispettivo del diritto, e perchè questo, pur conservando sempre la sua natura originaria, può essere trasmesso come rapporto *reale,* così la obbligazione, che gli è connessa, deve seguire le fasi della sua esistenza. Il tipo di questa figura è dato dal diritto di *enfiteusi,* il quale, in conseguenza del carattere di *realità,* può essere trasmesso liberamente, almeno nel diritto odierno (1): e con la trasmissione del diritto, è trasmessa l'obbligazione di pagare il canone, senza che il *dominus,* per il difetto del suo assentimento, possa conservare contro l'enfiteuta cedente il suo diritto di credito, che dopo la cessione gli spetta soltanto verso il cessionario. E' parve costruzione corretta quella dedotta dal concetto dell'*obligatio ob rem,* come se questa figura desse proprio il carattere all'obbligazione di pagare il canone: ma ogni possibilità di buon ragionamento, condotto su tal criterio, è tolta dalla osservazione che l'abbandono della cosa non può liberare dall'obbligazione (2). Di questo mezzo liberatorio non si ha traccia

(1) Su questo argomento, e sulla natura dell'enfiteusi nonchè della prestazione dovuta dall'enfiteuta, v. ora CHIRONI, *Questioni* di *D. C.*, p. 28, 215 e segg. La legge italiana, argomentando dal contenuto del diritto di enfiteusi, ha tolto le limitazioni che ne inceppavano la libera disponibilità (Cod. civ. a. 1562): è diritto reale, e in tal qualità pone direttamente in rapporto il soggetto che lo acquista con la cosa conceduta: le restrinzioni poste dal diritto antico contraddicevano alla latitudine derivante, di necessità, da questo carattere.

(2) V. ancora CHIRONI, l. cit. L'obbligazione di pagare il canone, ha, secondo le idee esposte, la causa che la determinava nel vecchio diritto, dov'era designata come modo di riconoscimento del dominio: in questo concetto è certo insita la costruzione fatta qui, dove la obbligazione è considerata qual corrispettivo del godimento *staccato* dal dominio. Vero è, che qui si combatte la teoria che nella obbli-

Digitized by Google

nel vecchio diritto, e l'attuale lo ammette con restrizione (1): onde, mancato il fondamento della costruzione dedotta dall'*obl. ob rem*, in senso proprio, parrebbe non doversi ammettere la trasmissione passiva insieme alla cessione del diritto. La qual conseguenza non sarebbe corretta; perchè la facoltà di *abbandonare* il diritto, dipende dalla *realtà* che questo ha, e s'intende, che estinto il diritto non possa rimanere la obbligazione: ora, come indipendentemente dalla volontà del creditore, si può estinguere la obbligazione con la estinzione del diritto, così si può trasmetterla con la trasmissione di esso. Ma il debito del canone non è vera *obligatio ob rem:* rappresenta il corrispettivo del diritto di godimento, e gli è così essenzialmente connesso, che, dato a questo il carattere di *reale*, la *realità* avvolge il rapporto, e la cedibilità di esso come diritto reale determina la cedibilità della obbligazione che gli è inerente. Questo criterio spiega, perchè l'abbandono della cosa non liberi dall'obbligazione di pagare il canone scaduto (2): rispetto a quella parte ch'è in corso nel tempo in cui segue l'abbandono, si dovrebbe diminuirla in proporzione della durata del godimento nell'ultimo anno, ma si ha come regola il divieto di qualsiasi diminuzione (3): intendendo a porre in accordo i diritti rispettivi del *dominus* e dell'enfiteuta, si è voluto impedire che l'abbandono potesse avvenire in frode dei diritti del *dominus*, oppure intempestivamente.

64. Molta affinità con questo rapporto, hanno la *decima* nel diritto ecclesiastico, e le *imposte fondiarie* nel diritto di finanza (4); la

---

gazione raffigura un caso di *oblig. ob rem.* (Cfr. CHIRONI, l. cit.): e la osservazione deriva logicamente dai termini in cui è stata posta la teoria della *obl. o. r.* intesa in senso proprio. V. per la compiuta esposizione della teoria il n. seg. n.

(1) Cod. civ. a. 1561.

(2) Questa è la risoluzione propugnata nella mon. di CHIRONI (l. cit.). Malgrado la diversità della costruzione che è fatta qui, essa non perde valore: anzi dalla diversità stessa trae conferma. Del resto, badisi bene: qui s'afferma che la obbligazione di pagare il canone è *obl. o. r.* impropria, e che la improprietà, consistente nella eccezione all'ampiezza del diritto di abbandono, le deriva da considerazioni storiche (V. il n. 63): non s'afferma che il concetto di *obl. o. r.* sia al tutto estraneo.

(3) CHIRONI, l. cit.

(4) Cons. MINGHETTI, *Dell'ordinamento delle imposte dirette in Italia* in *Opusc. letter. ed econ.* (Firenze, 1872) p. 352, 353, 363, 364 e segg.: e l'analisi critica che fa del progetto di legge presentato dallo SCIALOJA il 27 gennaio 1861.

Digitized by Google

quale si volle pure considerare come contenente il diritto dello Stato ad una parte del valore del fondo, e di qui la possibilità di pagarla in una volta (1), riducendola in capitale: ma non par dubbio, secondo i criteri scientifici, e quelli del diritto positivo (2), che lungi dal rispondere ad un diritto eminente, o di comproprietà spettante allo Stato, sia il corrispettivo di servizi dovuto in ragione del godimento. L'affinità vien meno, dove si pensi che l'imposta non è, come avviene per il canone, il corrispettivo del godimento, onde le conviene esattamente il carattere di *obligatio ob rem;* segue il godimento del fondo [considerato come diritto reale (3)], e si presume in modo assoluto che il soggetto di questo rapporto sia la persona designata nei libri censuari: e può ben cessare con l'abbandono, perchè nulla vieta che si faccia constare nel libro censuario un fatto, col quale si esercita il diritto reale, sebbene, rispetto alla liberazione, la sua efficacia sia soggetta ai requisiti di forma e di tempo che sono voluti per le mutazioni catastali in genere (4).

65. Per la compiuta notizia di questo argomento, occorre di avvertire, che più volte la facoltà del debitore di liberarsi con l'abbandono non rivela la esistenza della obbligazione *ob rem;* la legge può consentire questo mezzo liberatorio, indottavi o dalla origine stessa del rapporto di obbligazione, o dalla posizione speciale nella quale il rappresentato è talvolta di fronte al rappresentante. Come nelle vere obbligazioni *ob rem*, il debitore è qui il soggetto di un'obbligazione facoltativa, perchè, se vuole, può liberarsi con l'abbandono dalla prestazione che dovrebbe compiere; ma non vi è il carattere fondamentale dell'istituto, la possibilità cioè di trasmettere

---

(1) V. MINGHETTI, *op. cit.* p. 363 e segg.

(2) Cons. WAGNER, *La scienza delle finanze* (trad. ital. Torino, 1891), §§ 338, 339 e segg.

(3) Si riferisce al *possesso*: V. la legge speciale 2 aprile 1882 (n. 674, serie 3ª) sulla riscossione delle imposte dirette, articolo 43 ult. al. Cons. WAGNER, op. cit., §§ 485-489.

(4) E allora, l'affinità con la enfiteusi non par che risorga, se l'abbandono non ha valor liberatorio prima che consti con la mutazione regolare? Argomentando dal diritto di abbandono, per segnalare l'esistenza della vera *obl. o. r.*, anche qui non s'avrebbe una *obl. o. r.* impropria? Bisognerebbe conchiudere, che la *obl. o. r.* esige, di regola, la possibilità di liberazione mediante l'abbandono: ma in via di eccezione, talvolta, per ragioni speciali, questa possibilità è ristretta. Ragioni dedotte dalla natura del rapporto cui accede la prestazione; e dalla causa di essa.

Digitized by Google

la obbligazione originaria con la cosa: quando questa fosse trasmessa, non si potrebbe eseguir più l'abbandono, e in conseguenza rimarrebbe specializzata l'obbligazione di origine rispetto al trasmittente. La qual cosa può ben essere osservata nella facoltà di abbandono consentita all'erede beneficiario, il quale, ha dalla legge l'obbligazione di amministrare, si libera abbandonando il possesso dei beni ereditari (1); e in quella consentita parimenti al proprietario o comproprietario della nave [che non ne sia in pari tempo il capitano], di liberarsi, con l'abbandono, dalle obbligazioni che il capitano aveva contratto rispetto alla nave: perchè questi, in virtù delle ampie facoltà che gli derivano dal governo cui è preposto, e, indottovi dalla necessità, può fare atti che i preponenti non hanno autorizzato, ma che, se non fatti, o fatti senza quella prontezza voluta dal bisogno, porrebbero in pericolo la nave o il carico, o le persone che vi stanno (2). Si osserva pure, nella facoltà della donna maritata di rinunciare alla comunione di utili che avesse stipulato nel contratto di matrimonio (3): e in questi due ultimi esempî è identica la ragion della costruzione: il capitano della nave in virtù dell'officio suo (4), e il marito come capo della famiglia (5), hanno molta libertà nella gestione del mandato, che il primo ha dai proprietari, e l'altro dalla legge: la quale non potrebbe approvare tanta latitudine, senza stabilire a favore del mandante un correttivo che ne protegga gli interessi.

Dalla quale esposizione si può inferire, che l'onere reale è figura più ampia della vera obbligazione *ob rem*, che vi è compresa: il rapporto di garanzia reale non può avere questo secondo carattere, per le ragioni enunciate, se si vuol propriamente determinare il significato della *obligatio ob rem:* e concorre invece in molta parte a costituire il contenuto dell'*onere reale*.

(1) Cod. civ. a. 968. Sulla condizione giuridica dell'erede beneficiario, v. ora CHIRONI in *Giurisprud. ital.* 1892, 1, pag. 17 e segg.

(2) Cod. di comm., a. 491.

(3) Cod. civ., a. 1444.

(4) Cod. di comm., a. 496 e segg.

(5) Cod. civ., a. 1438.

Digitized by Google

§ 2.

Il rapporto di garanzia reale messo in confronto con gli oneri reali di godimento.

SOMMARIO. — **66-67.** Ragione del confronto: e del restringerlo al diritto di servitù reale. Ancora della obbligazione *ob rem;* e del carattere del diritto spettante al concedente nell'enfiteusi, ed al creditore di una rendita perpetua. — **68.** La ipoteca e la servitù reale.

66. Le cose dette insegnano l'affinità stretta che corre fra la garanzia reale e l'onere reale, e la differenza tra questo secondo istituto e la *obligatio ob rem:* ora, l'argomento abbisogna di qualche dichiarazione (1), perchè dato l'elemento della realità che è nell'obbligazione, non s'intende di leggieri come sia distinta dall'onere reale: e data la grande affinità tra questo ed il pegno, rimane pure assai oscura l'affermazione della differenza che è tra di esso e la *obligatio ob rem.* A tutta prima, parrebbe che la *obligatio ob rem* sia modo di essere dell'onere reale: se è obbligazione connessa intimamente al diritto alla cosa, o sulla cosa, il credito corrispondente esiste rispetto alla cosa, e perciò assume la figura di onere su questa. Parvenza erronea: nell'onere reale esiste soltanto il rapporto tra il soggetto attivo e la cosa sulla quale preme, e nella obbligazione *ob rem* vi è un rapporto di credito fra il soggetto attivo e la *persona* che ha il diritto sulla cosa: avvisando a questo fatto, parrebbe che la obbligazione *ob rem* sia un rapporto personale, e non altrimenti s'è pensato da molti rispetto ai *Reallasten* del diritto germanico (2); la qual costruzione potrebbe essere avvalorata di molto, riflettendo alla possibilità che un rapporto di obbligazione esista con indeterminatezza della persona del creditore, o del debitore (3). E

(1) Su questo argomento, le idee fondamentali che debbono guidare per la esatta posizione della questione, sono state esposte nella n. 1 a pag. 123.

(2) Sulla natura giuridica dei *Reallasten*, v. le idee esposte, e gli Autori citati nella n. 1 a pag. 123.

(3) Si potrebbe affermare con ciò la possibilità di costituire un rapporto obbligatorio, dove fosse indeterminata da principio la persona del soggetto attivo o del soggetto passivo? SAVIGNY (l. cit.: v. la n. 3 a pag. 119) aveva costituito su questo concetto la sua teoria del titolo al portatore, ma restringendo assai la possibilità accennata; ora, nella specie s'avrebbe un caso di obbligazione, dove

Digitized by Google

scrutinata meglio questa proposizione, risulta che tale indeterminatezza, considerata rispetto al soggetto originario, od al successore, si risolve in una designazione speciale, che è il fatto di *aver* la cosa, alla quale si riferisce la obbligazione (1); certo, questa osservazione non basta per asserire all'obbligazione *ob rem* il carattere di rapporto personale, e per negarlo efficacemente, è mestieri di aggiungere ch'essa è confusa in un rapporto reale, del quale è parte intima; rapporto *principale*, perchè la esistenza e l'esercizio della obbligazione vi son collegati, e ne seguono la sorte, e in questa prevalenza è perduto il carattere di personale, che dovrebbe avere per sè il rapporto che gli è connesso. Alla qual connessità, d'ordinario non si suole pôr mente: e dalla considerazione di essa s'inferisce, che la obbligazione *ob rem* avrebbe per sè (o dovrebbe avere) la qualità di rapporto personale, mentre, come elemento di un rapporto che investe la cosa, assume figura di reale, pur non essendo *onere reale:* al quale può essere unita, secondo che avveniva nella *servitus on. ferendi,* e avviene oggi rispetto alle servitù in genere (2).

Da questa determinazione più esatta della obbligazione *o. r.*, si desume pure la ragione che suggerì di farne il confronto con la garanzia reale, nello studio precedente sulla obbligazione in genere (3): così la presente ricerca ha per oggetto il confronto del pegno con gli altri *oneri reali* di godimento. *Godimento,* e non *utilità:* il quale secondo termine, per la generalità sua, può ben comprendere anche gli oneri reali di garanzia.

67. Le notizie sullo svolgimento storico dell'istituto hanno dato modo di rilevare le analogie fra la costruzione giuridica del pegno sugli immobili nella sua forma d'ipoteca, e la servitù reale (4):

---

la determinazione del soggetto passivo avviene in seguito al fatto dell'acquisto della cosa, o del diritto cui la obbligazione è congiunta. Nè forse altro era, nella *sua origine*, il concetto della correalità (cfr. FITTING, *D. nat. v. d. Correalobligat.* Eslang. 1859).

Da questa esposizione non si può dedurre che la obbligazione *o. r.* sia una vera obbligazione, dov'è indeterminato il soggetto passivo: è necessario tener conto della sua inerenza al vincolo reale; com'è stato largamente dimostrato.

(1) V. la n. precedente.

(2) Vedi il n. 62 e la n. 4 a pag. 124.

(3) V. il cap. II, § 1.

(4) Notizie esposte con sufficiente ampiezza: v. il n. 6 e le nn.

Digitized by Google

ma prima d'insistere su questo punto, è mestieri di ricercare se fra i diritti reali di godimento non ve ne sia qualcuno che abbia per contenuto l'alienazione del valore di cosa determinata, come avviene nel pegno, e qualche altro che esiga l'esistenza del *pegno* (ipoteca) fra i suoi elementi costitutivi. Appurare i termini dell'analogia, e del concorso, è differenziare l'istituto del pegno dalle altre creazioni giuridiche affini.

La prima di queste figure occorrerebbe specialmente nella enfiteusi: conceduto all'enfiteuta il diritto di affrancamento del fondo (1), e, all'infuori di speciale convenzione, ordinato dalla legge il modo di determinare il relativo capitale (2), parrebbe che il diritto del *dominus* non contenga la nuda proprietà del fondo; e sia ridotto soltanto a quel valore, che è, o sarà determinato dalle parti, o dalla legge, cosicchè il canone rappresenterebbe gli interessi prodotti da questa somma capitale. Dalle quali premesse si desume, che nel rapporto tra il *dominus* ed il fondo, non vi debba essere la proprietà, la disposizione, ma la sola *garanzia* del pagamento della somma capitale; il rapporto non sarebbe la ipoteca, ma questa concorrerebbe quasi a costituirne il contenuto, risultante dall'unione del diritto di godimento, rappresentato dal canone, e dal diritto di garanzia al quale vien ridotta la *nuda proprietà* del concedente (3). Non è questa la costruzione che si può tentare con esattezza rispetto all'enfiteusi: il diritto del *dominus* non è diritto di garanzia, è la nuda proprietà staccata, separata dal diritto di percepire i frutti, diversamente da quel che avviene nella servitù di usufrutto: e la facoltà di affrancamento consentita all'enfiteuta è fondata su considerazioni giuridico-sociali, e storiche. Quelle dimostrano il vantaggio d'integrare il diritto di proprietà presso il soggetto che ne ha quella parte migliore, in cui si contiene la funzione economica dell'istituto: queste dichiarano come siasi esteso all'enfiteusi il movimento giuridico-economico che specializzò l'istituto della rendita (4).

---

(1) Cod. civ., a. 1564. Su questo argomento v. CHIRONI, l. cit. e gli Aut. che ricorda.

(2) Cod. civ., a. cit.

(3) Certo, ammessa questa costruzione, la nuda proprietà, meglio che il contenuto di un diritto di godimento, avrebbe quello di diritto di garanzia; e la devoluzione sarebbe risoluzione. Ma ciò par che contraddica assai alla lettera ed alla storia della legge e Cfr. CHIRONI in *Giurisprud. italiana*, 1892, p. I.

(4) Che sia grande l'affinità economica tra l'enfiteusi e la rendita fondiaria, nella sua origine, è affermazione che non abbisogna di essere dichiarata; tant'è,

Digitized by Google

Perchè fra i due istituti esiste affinità grande, e questo pare il motivo che indusse a distinguere la figura della rendita dal *precarium*, e dare al *possessore* del fondo soggetto a censo, un diritto reale, distinto dal diritto del creditore della rendita (costituita, o fondiaria): nonchè ad estendere l'istituto dell'affrancamento, introdotto per il vantaggio economico della libertà dei fondi, e per la giustizia che vi è nel sollevare il debitore, se le mutate condizioni moonetarie rendano assai gravosa la obbligazione costituita: la qual considerazione ebbe grande importanza dalle norme canoniche avverso l'usura (1). E nella rendita, studiata come istituto del vecchio diritto, si può ravvisare quel carattere che s'è detto di non potersi ben riferire all'enfiteusi. Lasciando da parte la questione, se nell'istituto del *precarium* si abbia lo stato intermedio fra l'antico pegno (*fiducia*) e la *ipoteca* (2), e se le traccie di questa posizione siano rilevantissime nelle *istituzioni alimentarie* (3), in cui pare si debba scorgere la vera ipoteca (4), all'esistenza della quale il *precarium* non potè conferire sul diritto germanico e sul franco, secondochè mostrano le ricerche storiche fatte rispetto all'origine della garanzia reale; certo è, che nella rendita, costituita o fondiaria, il diritto del creditore contiene quella parte del *valore* del fondo, che risponde alla entità del capitale determinato fin da principio (rendita costituita), o che si può determinare in base alla prestazione periodica (rendita fondiaria). Il quale diritto deriva dal rapporto reale fra il creditore ed il fondo, ch'è composto di due elementi: uno, l'alienazione del valore, e l'altro la obbligazione, con carattere di realità, di pa-

---

che alla rendita si estesero norme relative all'enfiteusi, e a questa s'estese l'istituto del *déguerpissement* (abbandono) proprio della rendita. Soltanto con questa osservazione, si può intendere storicamente la ragione dell'abbandono limitato che nella legge odierna è accolta rispetto all'enfiteusi: perchè del *déguerpissement* si dubitava, se obbligasse a pagare la rendita scaduta al giorno in cui era compiuta, oppure anche la scadenza successiva. V. POTHIER, *Tr. d. cens.*, in *Oeuvres* (ed. cit.), II, p. 155, 156. Cfr. CHIRONI, l. cit.

(1) Su quanto si riferisce al *precarium*, v. VIOLLET, *Précis de l'hist. de dr. fr.* (Paris, 1886), p. 567 e segg. Sul censo, e sul diritto di abbandono v. POTHIER, l. cit.; cons. pure LOYSEAU, *Tr. du déguerpissement* (in *Oeuvres*, ed. Lyon, 1701); V. GARSONNET, *Hist. de locat. perpet.* (Paris, 1879), e FRANÇOIS, *De l'emphitéose* (Paris, 1885), p. 257 e segg.

(2) Cons. su questo punto VIOLLET, l. cit.

(3) Sulle istituzioni alimentarie, v. il n. 19 e la bibliografia nella n. 5 a p. 39.

(4) V. la n. precedente.

Digitized by Google

gare il frutto, la rendita. Per effetto del primo elemento, la rendita aveva grande analogia con la ipoteca; ma nel diritto odierno ha perduto il carattere di onere reale, e la facoltà di affrancamento rappresenta il diritto conceduto al debitore di pagare il prezzo dell'acquisto capitalizzato (rendita fondiaria), o di restituire il capitale (censo), non perchè qui s'abbia l'applicazione della norma generale che al termine costituito nel suo interesse il debitore può rinunziare (1), ma per le ragioni speciali indicate di sopra (2). Vero è, che a costituire il *censo*, perchè il negozio di rendita sia ben differenziato dal mutuo, è necessario il concorso della ipoteca (3): ma questa concorre, serbando il suo carattere speciale di rapporto di garanzia reale.

68. Di molta rilevanza è il confronto della ipoteca con la servitù reale: importa assai, per la determinazione dello svolgimento storico dell'istituto (4), e per la costruzione dell'*onere reale* in genere, contenente l'alienazione di una data utilità che è nella cosa. Certo, al tempo di Servio, il concetto della servitù reale doveva essere ben specializzato, come si può desumere dalla disputa intorno alla *servitus on. ferendi* (5): e se l'analisi giuridica aveva già posto in luce il vero contenuto del rapporto di servitù reale, distinguendolo dalla proprietà, è necessità logica supporre che la stessa analisi abbia dichiarata la entità del pegno, confuso da principio col dominio (6). Si può desumere da tale presupposto, che l'azione Ser-

(1) Cons. CHIRONI, in *Riv. ital. per la sc. giurid.*, 1891, f. 1, p. II.

(2) Non pare che quest'affermazione possa dar luogo a dibattito; s'intende dire, che l'obbligazione di pagar la rendita non costituisce, come avviene nella enfiteusi, un onere reale che segue il fondo presso gli enfiteuti che si succedono; essa rimane sempre rapporto personale fra il creditore ed il debitore della rendita. Nè s'argomenti il contrario dal fatto che al creditore spetta il diritto di chiedere la risoluzione del contratto: questo è bilaterale, e l'acquirente del fondo ha consentito, come legge dell'acquisto del suo diritto, il pagamento della rendita; legge che conserva la efficacia, malgrado le successive trasmissioni del fondo. La qual dottrina risponde al concetto della *causa* nel diritto italiano, che informa tutto l'istituto della condizione risolutiva, che poi si riflette su di essa; a differenza certo di quanto avveniva nel diritto romano. Cons. WINSCHEID, op. cit., §§ 97 e segg., e 321, n. 2.

(3) Cod. civ., a. 1784. È trasformato così il carattere originario, che segnalava l'intervento del fondo nella costituzione del negozio.

(4) V. il n. 19.

(5) V. la n. precedente.

(6) Non vi è opportunità a ritornare su questo argomento: si tratta, certo, di una semplice congettura ch'è qui proposta; ma non pare che gli argomenti per

Digitized by Google

viana rappresenti l'estensione dei risultati di quest'analisi, al rapporto d'ipoteca e che il giureconsulto Servio ne sia l'autore (1)? Si può affermare, ch'egli abbia dato così una figura giuridica propria al fatto che, nei rapporti fra il locatore ed il conduttore del fondo rustico, era ottenuto con un patto speciale, espresso da principio (forse il precario), e poi sottinteso come requisito naturale del negozio? Su queste supposizioni si può discutere; ma non pare, che il discorso tenuto rispetto alla creazione giuridica della ipoteca, ne possa venir turbato. Le analogie della costruzione giuridica di quest'istituto con la servitù reale, non abbisognano di lunga indagine: tanto sono notevoli. Come la servitù (qualunque sia la ragione storica di questo concetto) è *qualità* del fondo, così la *ipoteca* è qualità del credito: quella rende servizio al fondo dominante, questa al credito; entrambe seguono le sorti della cosa alla quale sono unite, e son comprese virtualmente nella trasmissione di essa. Per entrambi istituti, la ragione dell'utilità determina le regole comuni, e cioè, che non si può averle sulla cosa propria, che non si può costituire sopra l'onere reale contenente la utilità della cosa un altro onere simile, che la utilità dev' essere prestata individualmente, e non impone, per natura sua, veruna obbligazione al proprietario della cosa onerata (2). Rispetto a quest'ultima proposizione, ed

---

affermarla, siano pochissimi, o non validi. Il modo di considerare la proprietà sulla cosa, o meglio la cosa, ed il rapporto giuridico che abbia per oggetto una sua funzione separabile, risulta chiaramente da quanto è avvenuto rispetto alla servitù; e se qualcosa di dubbio rimanesse su questo punto, è tolto dalla considerazione di quanto s'ebbe nella *fiducia*, dove la cosa dà una *garanzia*, un servigio. Perciò, pare evidente che lo studio dei due istituti dia lumi per intendere la concezione giuridica originaria di ciascuno di essi, deducendo dal *pegno* quel che manca rispetto alla servitù; e deducendo dallo svolgimento storico della servitù, come figura specializzata, considerazioni che influiscono nello studiare come s'è effettuata la costruzione del pegno. In ambi casi, la concezione giuridica cadeva sul *servizio* che la cosa può portare: e nel tenere questo servizio come oggetto possibile di un rapporto speciale.

(1) Cons. RUDORFF, *d. Edict. perpet.*, p. 234, t. e n. 1. La considerazione esposta di sopra contribuirebbe a dimostrare la risposta affermativa: di Servio apparisce dai testi, già citati, sulla *serv. o. f.*, che avesse ben specializzato il concetto della servitù; ora, in conseguenza dell'analogia ricordata, può ben congetturarsi che abbia fatto egual cosa per la ipoteca. E può darsi che l'azione abbia tolto il nome da lui, che aveva ben determinata la natura dell'istituto, e chiarita l'azione che ne manifestava l'entità speciale.

(2) Su questo argomento v. i nn. 53 e seg.; e le cit. di DERNBURG e JOURDAN, nella n. 5 a pag. 101.

Digitized by Google

all'altra con la quale s'afferma la non cedibilità del rapporto reale separatamente dalla cosa cui è unito, si può dubitare se sia corretta l'applicazione fattane alla ipoteca: perchè si sa, che il proprietario della cosa ch'è in pari tempo debitore della prestazione garantita, non si può liberare con l'abbandono, ed è tenuto all'adempimento; e la possibilità della separazione del pegno dal credito garantito è sempre affermata nell'istituto odierno della *surrogazione legale,* quando si volesse porre in dubbio la legittimità della cessione. La ragion di dubitare è ristretta nei giusti termini, riflettendo alla natura speciale della *cosa* alla quale *serve* il diritto di garanzia reale: è un diritto di *credito;* perciò s'intende che il debitore non si deve sottrarre all'adempimento della prestazione, valendosi del rapporto di garanzia costituita sulla cosa propria: altrimenti, la garanzia sarebbe mezzo commodo di violare senza danno, quella obbligazione che deve tutelare. E s'intende pure, come, astrattamente, questa natura (credito) consenta di separare la garanzia dal rapporto al quale è stata unita originariamente, per unirla ad uno diverso; sebbene questa possibilità si debba tenere entro i limiti richiesti dal concetto della garanzia, ch'è dichiarato dal contenuto del diritto del creditore, il quale dispone di quel *solo* valore, che è identico nel rapporto personale di credito come nella garanzia. La quale affermazione è stata dimostrata, in parte, nella esposizione dell'entità del pegno (1): e lo sarà ancor meglio, nel discorso sulla nascita e l'esercizio di esso.

§ 3.

Il rapporto di garanzia reale studiato in confronto con altri rapporti di garanzia propria, *ed* impropria.

Sommario. — **69.** Rapporti di garanzia propria: il privilegio ed il diritto di ritenzione. Garanzia impropria: rapporto (personale) del creditore verso il patrimonio del debitore. Azione pauliana. Trascrizione del precetto immobiliare: effetti. Fallimento. Rinvio.

69. I due termini sostanziali del diritto di garanzia reale dànno i criteri necessari a distinguerlo da altri rapporti, i quali hanno pa-

(1) V. il cap. I, § 2. La dottrina, accennata appena, sulla cedibilità della garanzia reale indipendentemente dal credito che ne era assicurato in origine, accorda questi due termini, che concorrono entrambi a costituire la entità giuridica dell'istituto: il carattere di diritto reale che il pegno ha, e lo scopo suo ch'è di garantire un

Digitized by Google

rimenti per fine la garanzia, e sono costituiti sopra una cosa: e a separarlo da quelli in cui il fine della garanzia *propria* manca affatto, e sebbene si dica di *garanzia*, questa locuzione non è adoperata nel suo esatto significato giuridico. Delle due specie di rapporti che verranno studiate in confronto della garanzia reale, la prima ha carattere di diritto reale, l'altra di diritto di obbligazione: rispetto a questa si dovrà poi rilevare come, ed in conseguenza di quale nuovo elemento, possa, senza mutare di contenuto, accogliere il fine della garanzia propria.

Alla prima specie appartengono il diritto di ritenzione, la separazione del patrimonio immobiliare del *de cuius* da quello dell'erede; e, secondo il modo di considerare la virtù dell'istituto, il privilegio (1). Può anche avvenire che il rapporto esistente fra il creditore ed il patrimonio del debitore in conseguenza della obbligazione, sia modificato per la virtù di altri fatti giuridici; dai quali par che rimanga posto il concetto di garanzia vera, come avviene nel rapporto che segue la trascrizione del precetto immobiliare, o la dichiarazione di fallimento. Della entità di questi istituti, e della relazione di essi con l'istituto della *garanzia reale*, si dirà separatamente.

CAPITOLO IV.

Teoria del privilegio in generale; *e dei privilegi in cui è contenuto soltanto il* privilegium exigendi.

Generalità.

Sommario. — **70-71.** Della natura reale o personale del diritto di privilegio, dedotta dal contenuto suo. Teorie; critica; posizione della questione e modo di studiarla.

70. Il privilegio, diverso in ciò dalla garanzia *reale*, non è rapporto cadente sul valore della cosa, col mezzo di essa, assumendo il carattere di peso, di onere reale; ma si esplica rispetto al valore; e per i crediti che dalla legge ne sian favoriti, dà il diritto di ottenere il pagamento a preferenza degli altri coi quali sono in concorso. È

---

diritto di credito. La indipendenza che gli spetterebbe in virtù del primo carattere, e la relazione fra esso e la obbligazione garantita, che esiste per effetto dell'altro, son posti in giusto rapporto nella teoria proposta.

(1) Cosicchè il privilegio avrebbe la qualità giuridica di garanzia propria: e l'affermazione è largamente discussa in seguito. V. il cap. seguente.

Digitized by Google

garanzia? È garanzia limitata al valore della cosa? È diritto reale? Son queste le tre questioni a cui s'abbatte chi voglia studiare e costruire la entità del privilegio; alle due prime si può dar subito risposta, chè per esse bastano le notizie svolte sul diritto reale e la garanzia; non così alla terza, che richiede di ricercare minutamente lo sviluppo dell'istituto.

Parrebbe a tutta prima, che non si convenga al privilegio la entità della garanzia propria, ch'esige il concetto di *onere* sulla cosa, o sulle cose dov'è specializzata la sicurtà: per mutazione di proprietà che avvenga, l'onere riman fisso, e segue la cosa fino a che essa, od il rapporto esistano, e in questa stabilità (*realtà*) sono la forza e il carattere giuridico della garanzia reale. Ma nel privilegio, ridotto com'è a diritto di prelazione sul valore, si avrebbe soltanto una legge speciale, che modifica il concorso dei creditori sul valore ricavato dal patrimonio del debitore; di garanzia vi sarebbe appena quel concetto generale, per cui si suol dire che il patrimonio del debitore è garanzia comune dei creditori (1), descrivendo con poca precisione di termini l'elemento patrimoniale della obbligazione: e tutta la sua virtù appare nella distribuzione del prezzo. Dov'è la specializzazione della cosa, o delle cose contenute nel patrimonio del debitore, a fin di garantire un diritto di credito? Dove l'alienazione di valore, che vi corrisponde, e perciò il diritto a realizzarlo? A questo si potrebbe obbiettare, rilevando l'esistenza del privilegio rispetto a cosa determinata, perchè la obbligazione si riferisce al patrimonio intero, e la prelazione soltanto alla cosa, che parrebbe così individuata a scopo di garanzia; ma la difficoltà lascia immutato il concetto descritto dal privilegio, e d'altra parte, giova di avvertire fin d'ora, che nei privilegi conceduti rispetto a cose speciali, il privilegio si trova unito ancora, o nella entità, o per considerazioni storiche (2), ad un rapporto di garanzia *che ha prodotto la specializzazione;* la quale, non derivando dal privilegio, non ha importanza nella discussione sulla entità di esso.

---

(1) Cod. civ., a. 1949 cit.: v. i raffronti con le altre leggi, nella n. 1 a pag. 4. Sulla poca proprietà del termine *garanzia*, adoperato in questa disposizione, v. le cose dette nel n. 2.

(2) Come si vedrà in seguito (v. in questo capitolo, § 1), vi sono privilegi uniti effettivamente al rapporto di garanzia reale: ed altri che si trovavano in tale unione, nel diritto antico, ma che, separati i rapporti, rimasero affatto indipendenti nel diritto odierno.

Digitized by Google

Pure, se il privilegio non contiene per sè alcun rapporto di *onere* sulla cosa, e perciò di *alienazione* del valore che possa giustificare il diritto di *esecuzione speciale* (1) del credito cui si riferisce, induce il diritto di dedurre dal *valore* delle cose contenute nel patrimonio, o della *cosa* determinata per la prelazione, l'ammontare del credito al quale è annesso; contiene dunque un rapporto speciale, caratteristico sul *valore* della cosa; ma qual è la natura giuridica della relazione? La mancanza del rapporto verso la cosa, persuaderebbe che nel privilegio non vi è la qualità di diritto *reale* (2): senonchè, la ragion di decidere è troppo semplice, e scrutina appena superficialmente la entità dell'istituto: e certo che questo non s'infigge nella *cosa*, ma sì nel valore: ora, l'infiggersi nel valore senza toccare giuridicamente la cosa, e la prelazione che ne segue, dànno materia al rapporto *reale*? Si tentò d'altra parte, di attribuire al diritto di privilegio questo carattere, con due costruzioni diverse: argomentando dalla natura del rapporto reale, che è opponibile a qualunque persona (3); e il difetto della teoria è la ristrettezza del concetto sul quale è costruita, perchè vi è assunto a carattere distintivo quel che è soltanto effetto di altro termine, e cioè il rapporto diretto con la cosa; ora, bisogna pur spiegare come, la mancanza di questo termine non astringa a che si neghi al privilegio la qualità di diritto reale, nè si può trascurare una ricerca così fondamentale. Si argomentò pure dalla storia dell'istituto, ricordando la qualità di diritto reale che nel vecchio diritto francese fu data ai privilegi (4): ma la costruzione non soddisfa: perchè vi sono privilegi (e se ne ha esempio fra i generali) ai quali il carattere di reali non si potè mai attribuire: e d'altra parte, non si dedusse questo carattere dalla natura del privilegio considerato separatamente dal

---

(1) Sulla relazione che è fra i concetti di *garanzia reale* e di *esecuzione reale*, v. le cose dette nel cap. I, nn. 1-2.

(2) Lasciando da parte la questione della natura dei privilegi immobiliari, che nella legge francese, come si dirà in seguito (v. il § seg.), hanno il carattere di rapporto reale; sulla entità degli altri, intesa qual relazione personale, v. AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 256: che peraltro modificano (v. § seg.) la teoria, per i privilegi che si rannodano ad un pignoramento espresso o tacito.

(3) Cons. LAURENT, *Principes de droit civ.* (IIIe édit.) XXIX, 314. La importanza, che nella ricerca ha la regola « *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* », sarà rilevata in seguito (§ seg.).

(4) V. il § seguente, e la riserva fatta nella n. 2 della pag. precedente.

Digitized by Google

rapporto di garanzia reale, ma gli venne attribuito, perchè si ritenne che gli andasse unito: il privilegio era la manifestazione di un vero diritto di garanzia reale, e come questo era sottointeso, così parve che il privilegio producesse un *peso* sulla cosa, e ne fu corrotto il suo giusto significato.

È mestieri d'insistere assai su questa osservazione: che il contenuto del privilegio è nettamente distinto da quello che è proprio della garanzia reale, e la possibilità che i due istituti concorrano, non deve indurre la confusione di essi. Il privilegio può essere la manifestazione della garanzia: nel caso di concorso di più rapporti di garanzia sulla stessa cosa, può essere unito ad uno di essi: ma queste circostanze non possono consigliare a dire, che è diritto reale di garanzia. Se è diritto reale, la ragion della realità dev'essere altra da una impossibile identificazione del privilegio col diritto di pegno; la storia dell'istituto mostra che non seguì mai la confusione dei due termini, e che la garanzia reale cui si potè trovare unito il privilegio, aveva la sua ragion di essere nella forma constatante la esistenza della obbligazione (1).

71. Questa critica è pienamente efficace contro un sistema intermedio fra i due esaminati, e che riunisce i difetti notati ad entrambi (2). Esso propone, che si attribuisca al privilegio il carattere di diritto personale, quando non si trovi unito ad un rapporto di garanzia reale, e di diritto reale nel caso opposto: costruzione non corretta, perchè deduce il carattere dell'istituto non dall'esame speciale dei termini che ne costituiscono la entità giuridica, ma da un altro elemento, che è il diritto di garanzia reale. Questo è termine estraneo alla natura giuridica del privilegio, e lo dimostra il fatto stesso che la prima parte del sistema proposto conterrebbe i privilegi separati dal diritto di pegno:

---

(1) La distinzione netta fra i due istituti non s'ha nel diritto francese anteriore alla codificazione (v. il § seg.), e nell'odierno trova grande ostacolo nella natura giuridica che si asserisce quasi universalmente (cfr. VALETTE, *Mélanges de Législ. dr. et jurispr., rec. et publ.* p. HÉROLD et LYON-CAEN (éd. 1879-80), I, p. 37 e segg.); ma nell'italiano è notevolissima (v. il § seg.). S'avverta poi, come sarà dimostrato in seguito, che la massima *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, non val soltanto a dichiarare la possibilità di costituire un diritto reale ipotecario sui mobili, spogliato del diritto d'inseguir la cosa presso i terzi possessori: fu talvolta intesa così, ma poi entrò nel diritto a significare la impossibilità di costituire quel rapporto.

(2) V. AUBRY et RAU, *op.* e *loc. cit.* CHIRONI, *Istituz. di D. C.*, § 207.

Digitized by Google

ora, come si può argomentare correttamente la natura intima di un istituto, da un termine che non concorre *essenzialmente* a costituirla? Il privilegio dev'essere diritto *personale* o *reale* per sè; l'affermare che è diritto reale quando concorre col diritto di pegno sulla cosa, non risolve bene la questione, o meglio la risolve in senso contrario a quello che si esprime: perchè, col dire che è diritto *reale* se gli è unito un rapporto di garanzia reale, si dichiara che la realità dipende dalla presenza di questo elemento, e non dal privilegio, il quale così, malgrado questa unione, rimane rapporto personale. Oltre della risoluzione non corretta, questo sistema dà un metodo di studiare le difficoltà, che svia affatto dall'oggetto vero della ricerca; la quale dev'essere diretta sul privilegio per sè, come istituto determinato, e non su altro istituto, pel solo fatto che questo gli si può unire. Quanto meno (e la osservazione tocca pure la costruzione del privilegio considerato come *onere reale*) bisognerebbe dimostrare che nel concorso del privilegio col pegno, questo perde la sua figura giuridica distinta, e viene assorbita da quello: e che da tale assorbimento il privilegio trae contenuto di onere reale; ma neppure così la costruzione ha molto giovamento, perchè la realità verrebbe al privilegio non dalla pura natura giuridica di esso, ma dal concorso di altro elemento sebbene questo non emerga più, a causa della confusione avvenuta. La qual cosa è assai ben dimostrata nella vecchia giurisprudenza francese (1), quando a causa il pervertimento seguìto nel concetto del *privilegio*, si dubitava del modo di regolare il conflitto tra più privilegi ai quali si dava il carattere di *reali;* perchè, come *reali,* pareva si dovesse prendere deliberazione dall'ordine della data, come privilegi dalla causa, e mancando una legge che ne designasse la prevalenza, dall'egual titolo al concorso; e si svolse ampiamente la dottrina della *doppia causa*, con la quale, per esservi unito il pegno *vero* ed il privilegio, si attribuiva al titolo la prelazione di fronte al solo *privilegio*, benchè *reale*. Questa dottrina accennava alla separazione del privilegio dal pegno, ma non la poneva nettamente: non s'indagava se la preferenza accordata a chi fosse *duplici iure collatus*, derivasse principalmente dal pegno, oppure dal privilegio che gli era unito; non si ricercava la natura speciale di questo diritto di pegno, per misurarne la maggior efficacia in confronto del pegno sottointeso di regola negli

(1) Lo svolgimento della dottrina francese su questo punto, è largamente studiato nel § seguente.

Digitized by Google

atti costituiti con la forma notarile; perciò la confusione dei due termini non era tolta, e nemmeno schiarita (1).

Con questa critica, non si vuol affermare che il privilegio non abbia mai il carattere di diritto reale: il fine suo è di mostrare, che per determinare con esattezza la natura dell'istituto, è necessario separarla da ogni elemento estraneo. Ora, che il privilegio contenga la prelazione sul *valore* della cosa, è certo; che possa vincere nel concorso anche i creditori ipotecari (2), è parimenti certo, e in pari tempo non vi ha dubbio che non contiene *alienazione* del valore della cosa; tra elementi che in apparenza sono così contraddittorii, il criterio che deve guidare nella costruzione giuridica, si può desumere soltanto dalla storia dell'istituto, studiata separatamente, e nella sua relazione col pegno.

§ 1.

Entità giuridica del privilegio.

Sommario. **72.** Il privilegio nella legge romana. — **73.** Nel diritto francese anteriore alla codificazione. — **74.** Nel diritto italiano comune. — **75.** Nel codice francese. — **76.** Nella legislazione civile italiana. — **77.** Risultati delle ricerche storiche esposte, rispetto alla natura giuridica del privilegio nella legge odierna, e confronto di esso col diritto di pegno propriamente detto. — **78.** Partizione della materia.

72. Integrato il concetto di obbligazione col rilievo ch'ebbe l'elemento patrimoniale, si dovette pensare a certi rapporti obbligatorî, in cui, per il motivo dal quale ripetevano la propria origine, pareva che questo elemento emergesse meglio che in altri: la relazione del rapporto col patrimonio, vi era più diretta, quasi che nel patrimonio esistesse un maggior valore, dovuto esclusivamente al *fatto* onde traeva origine la obbligazione. Così s'intende, come fosse

(1) Certo, s'intende bene (e la prima notizia se ne ha nell'ipoteca privilegiata del diritto romano) la possibilità che uno abbia la sicurtà reale sulla cosa, ed il privilegio; ma a causa del pervertimento seguìto nella natura giuridica del privilegio, s'intende pure la critica fatta nel testo alla costruzione della *doppia causa* di prelazione (v. il § seguente).

(2) Cod. civ., a. 1961, 2092. Questa prelazione è data ai privilegi consentiti sopra immobili determinati; perchè non sia conceduto al privilegio in generale, sarà esaminato in seguito, nella esposizione della teoria, osservando il processo che si tenne nella costruzione giuridica dell'istituto. Ma gioverà che si dica fin d'ora, che nel

Digitized by Google

giusto che il creditore sprovvisto di garanzia reale, avesse il diritto di prelevare nel concorso dei creditori sul patrimonio liquidato del debitore, l'ammontare del suo credito; onde il *privilegium exigendi*, che, se è fondato sopra considerazioni giudiziose, non è offesa, ma guarentigia del diritto (1). La causa ora descritta, che è la ragion dell'istituto (2), è considerazione comune alle varie specie del privilegio; il quale è *generale* o *speciale*, secondo che cade sul valore del patrimonio intero, oppure di una cosa particolare, cui si riferisce il concetto di aumento del valore. Ma scrutinandone lo svolgimento, si osserva, come, all'infuori di ogni altra considerazione, talvolta il privilegio, trae origine dalla sola *qualità del credito:* e qui si contengono due concetti distinti, secondo che si considera la qualità del credito indipendentemente dall'aumento del valore, o pure si considera soltanto questo termine. Cosicchè, il concetto che dette in origine il fondamento all'istituto, si distinse in ragione della prevalenza accordata all'elemento della persona del creditore (*privilegium personae*), oppure alla qualità del credito in relazione all'aumento del valore (*privil. causae*), o alla qualità del credito per sè (*privil. causae*, in senso lato): a quest'ultima classe, si riferisce il privilegio per il credito di spese funerarie. La qual distinzione fu enunciata dai commentatori, con la terminologia di *privilegia personalia*, e *privil. realia.*

La entità giuridica del *privilegium exigendi* non era tale da consentire al creditore un rapporto reale su la cosa; mancava l'elemento della *garanzia*, contenuta nel concetto di *onere reale*, e rimaneva soltanto la *prelazione* da esercitare sul *prezzo*. Con quest'ordinamento, mal si raggiungeva lo scopo che s'era tenuto presente con la istituzione del privilegio, al quale sfuggiva la cosa, quando fosse escita dal patrimonio del debitore; il creditore poteva va-

---

diritto odierno, la restrizione e la prelazione così limitate, non si debbono asserire alla presenza del carattere di garanzia reale che possa essere nel privilegio; la preferenza è data soltanto alla qualità del credito, e la restrizione si spiega coi concetti che si tennero sull'oggetto possibile d'ipoteca.

(1) Questo è, in generale, il fondamento del privilegio: la relazione di causalità che esiste fra l'aumento di valore del patrimonio del debitore, ed il credito privilegiato. Si dovrebbe forse dire, con più esattezza, che questo è uno dei fondamenti dell'istituto: e difatti è tale nei privilegi speciali, dove è più saliente il rapporto fra il credito e la cosa che in conseguenza s'è acquistata al patrimonio: la qual considerazione spiega la distinzione che segue nel testo.

(2) Petr. Vanderanius, *De Privil. creditor.*, προλεγ., e cap. I: (ed. cit.), p. 751, 753.

Digitized by Google

lersi dell'azione pauliana per conservare su di essa il diritto di garanzia generale derivante dalla obbligazione, ma, a parte la difficoltà della prova necessaria, la difesa non era propria del privilegio, il quale d'altronde non poteva contendere col pegno. Perciò, a quelle che fra le cause del credito furono tenute come più meritevoli di favore, venne accordata dalla legge una *garanzia reale:* onde la classe delle ipoteche privilegiate (1).

Questa osservazione dà modo di definire esattamente la natura del privilegio, ed il rapporto suo col pegno, secondo la dottrina romana: nel privilegio, non vi è l'alienazione del valore, con la forma originaria di peso sulla cosa, e mancando perciò il concetto di *esecuzione speciale,* il creditore procede contro il patrimonio del debitore, in virtù del diritto generale che ai creditori spetta su di esso. Quindi:

α) nei rapporti coi *creditori chirografari non privilegiati,* i creditori *chirografari privilegiati* hanno soltanto la *prelazione* sul prezzo delle cose alienate, o della cosa alla quale il privilegio si riferisce specialmente: e, per la virtù di questa prelazione son preferiti nella graduazione;

β) nei rapporti coi creditori che avessero un diritto di *garanzia reale* (*pegno* in generale), i creditori *chirografari privilegiati* non godono vantaggio alcuno: il *privilegio* non basta a mutare la condizione loro, perchè come chirografari non hanno il diritto di *esecuzione speciale,* di *alienazione,* che è contenuto nella garanzia: perciò il privilegio cede al *pegno;*

γ) nei rapporti di creditori con *garanzia reale,* quelli fra di essi che avessero pure il privilegio, son preferiti agli altri; il privilegio non si confonde qui col pegno, ma gli è unito, e da questa unione il suo carattere non trae cangiamento veruno. Perchè il *pegno,* che è ragion comune ai diversi creditori concorrenti, induce rispetto a tutti il diritto della esecuzione speciale, come i creditori chirografari possono tutti egualmente procedere alla esecuzione generale: e secondo avviene in questa ultima ipotesi, così pure in quella, il

(1) Cons. sulla entità giuridica del privilegio, VANDERAN, op. cit., e la corretta esposizione del BACHOVIUS, op. cit., l. IV, c. XII; GESTERDING., op. cit., §§ 33 e segg.; DERNBURG, op. cit.; §§ 152 e segg.; JOURDAN, op. cit., p. 638 e segg.; WINDSCHEID, op. cit., §§ 246, 250, 271; VANGEROW, op. cit.; § 386; 594; ARNDTS-SERAFINI, op. cit., §§ 227, 385.

Digitized by Google

privilegio produce il diritto di prelazione, sul valore ricavato dalla esecuzione. Così, il privilegio rimane sempre ragion di prelazione da far valere sul prezzo;

b) questo criterio spiega esattamente l'altro, che è parimenti comune ai creditori chirografari ed ai pignoratizi: quando più crediti concorrenti avessero egual ragione di privilegio, questo non vien meno giuridicamente, quasi che il privilegio di un creditore elida quello eguale dell'altro: è inutilizzato (1). Ma la osservazione del modo con cui questa inutilizzazione avviene, dev'esser fatta con molta correttezza, non dimenticando qual è il sostrato del credito privilegiato, e distinguendo secondo che la sua natura originaria è di credito chirografario o pignoratizio; i crediti chirografari concorrono come avrebbero concorso senza il privilegio, e i pignoratizi del pari: il concorso non è conseguenza del rapporto eguale in cui si trovano rispetto al privilegio, non è istituto *nuovo* dipendente da questo fatto, ma è quel concorso che si sarebbe esercitato quando il privilegio non fosse esistito. Quindi, nei crediti con garanzia reale, esso è regolato dai principî speciali che lo governano: e per gli *ipotecarî*, vale la norma della graduazione che li ordina successivamente secondo la data di costituzione della garanzia. I dottori (2) intesero correttamente questo principio, quando ne esclusero i privilegi per sè, ma vi compresero, col nome di privilegi reali, quelli accompagnati ai crediti *ipotecarî* (3) giustificando la teoria col principio esposto nei digesti che *privilegia non ex tempore existimantur sed ex causa* (4); ma non esattamente, perchè la regola è appunto che nel privilegio si badi alla *causa*, e quanto s'è detto rispetto al concorso di crediti ipotecarî, egualmente privilegiati, non significa che i *privilegi* detti *reali* si debbano estimare dal tempo. Non è infatti l'importanza del privilegio che determina la risoluzione data, ma la sua inutilizzazione; cosicchè, col dire che la sentenza di Paolo non s'applica ai privilegi reali, si confonde il privilegio con la ipoteca, e si attribuisce a quello una conseguenza propria di questa. Qui ebbe la sua prima causa quel pervertimento del concetto di *privilegio*, che si osservava nella dottrina e la giurisprudenza francese anteriori alla codificazione, e nel codice stesso (5);

(1) È la opinione comune.
(2) Gl. sulla L. 32 *D. de priv. cred.* (XLII, 5).
(3) V. le citaz. nella n. 2 alla pag. 146.
(4) V. la n. 2.
(5) V. le citaz. nelle n. 1-3 della pag. 146.

Digitized by Google

ε) queste regole sul concorso dei creditori chirografari privilegiati, con creditori i quali hanno un diritto di garanzia reale, e sulla inutilizzazione del privilegio egualmente conceduto ai creditori chirografari od ipotecari concorrenti, son limitate da un altro criterio derivante dalla natura del privilegio. Il quale, è vantaggio eccezionale consentito dalla legge; che, tenuto conto della causa meritevole di maggior favore, può preferirla su tutti gli altri privilegi, senza badare alla natura del credito cui il privilegio è connesso: perciò, qualche *causa* di privilegio unito a un credito chirografario dà la prelazione anche rispetto agli ipotecari, come avviene per le *spese funerarie:* e se è unito ad un credito ipotecario, lo rende preferibile ad altri crediti ipotecari parimenti privilegiati, come si ha pel credito del fisco, o della donna per il ricupero della dote. Così è dichiarata la estensione del principio *privilegia non ex tempore existimantur, sed ex causa:* principio generale, che non può essere estimato diversamente secondo la natura del privilegio (*personale* o *reale*), ma esprime la potestà della legge di rendere un privilegio preferibile agli altri; e mostra parimenti la indipendenza del *privilegio* dalla garanzia reale, perchè la estimazione della causa può bene aver luogo senza preoccupazione se il credito sia ipotecario o chirografario.

73. La giurisprudenza francese anteriore alla codificazione, non ebbe, per molte ragioni che saranno esposte in seguito, quella nozione corretta del privilegio che si osserva nei fonti del diritto antico, e ne rese il concetto scientifico in modo assai confuso, quando con la figura del privilegio *reale* non dette più una ragion certa di distinguere il privilegio dalla ipoteca. Non era, e non è, norma bastevole al bisogno, quella che dice il privilegio qualità del credito statuita dalla legge, per dargli la prelazione sugli altri crediti concorrenti sulle cose, o sulla cosa rispetto a cui è conceduto: questo della origine è soltanto un criterio per distinguere esattamente, ma non determina da solo la diversità del contenuto che s'avverte tra il *privilegio* e la *garanzia reale.*

Le cause di questo svolgimento non corretto, son varie. La prima, la determinazione dei privilegi dati alla qualità del creditore (*priv. personae*) e di quelli attribuiti alla qualità del credito (*priv. causae*) intesa così poco esattamente, da dire che non si poteva più chiara-

Digitized by Google

mente definire cosa fossero, e quali fossero i privilegi personali (1); conseguenza derivata dall'equivoco in che s'era incorsi nell'intendere la distinzione posta dai dottori di *privilegi personali* e *reali*, perchè se la dizione era giusta quando con la dizione *privilegi reali* si voleva designare quelli relativi alla qualità del credito, non lo era più, quando fu tolta a determinare il privilegio aggiunto al diritto d'ipoteca, ossia i *crediti ipotecari privilegiati*. La ragion di distinguere fu snaturata al tutto; se, argomentando dirittamente dal concetto di privilegio, si fosse voluto sopprimere il privilegio *personale* vero, perchè in ogni caso si può considerarlo come dipendente dalla estimazione della causa del credito, il procedimento sarebbe stato meno scorretto; ma non si tolse la distinzione restringendola ad uno dei suoi termini, e fu tenuta per distinguere non la qualità del credito per sè, rispetto alla sua causa, sibbene rispetto alla *garanzia* di cui poteva essere fornito. Privilegio personale fu detto quello annesso ad un credito scompagnato da garanzia *reale ipotecaria*; privilegio *reale* quello cui fosse aggiunta questa sicurtà.

Di questa causa di equivoco, si volle avere la ragione nelle fonti romane: e, come s'avvertì di sopra, il criterio così esatto, che *privilegia non ex tempore existimantur, sed ex causa*, fu riferito ai privilegi personali (2). Dalla quale intelligenza seguì una disputa, decisa in modo che allontanava ancor più dai giusti termini dell'istituto: alcuni accoglievano la distinzione secondo il significato esposto, senza che ne facessero derivare una confusione completa tra il privilegio e la ipoteca, e affermavano (3) che nel concorso di più crediti ipotecari privilegiati si dovesse desumere dalla *data della garanzia* la regola della prelazione; ma la dottrina non corrispondeva ai principî accolti: se la distinzione si riferisce ai *privilegi* reali, è al carattere del privilegio che si deve pôr mente, non alla garanzia, che dev'essere con-

---

(1) V. BASNAGE, *Tr. d. hypoth.* (cit.), c. XIV; LOYSEAU, *Des offic.* (in *Oeuvres*, éd. Lyon, 1701), III, 8, n. 19, 30 e segg.; *Tr. du déguerpiss.*, III, 4, n. 13.

(2) Cons. BASNAGE, op. cit., cap. XIV cit., p. 74; v. pure sul modo di connettere la distinzione dei privilegi in reali e personali, alla legge tratta da PAOLO, quel che scrive VANDERANIUS, op. cit., cap. II, p. 758, 759.

(3) LOYSEAU, op. cit.; l. cit. D'ARGENTRÉ (*s. la Cout. de Bretagne*, a. 194), dichiara, con assai nettezza, il significato, o meglio il nuovo significato che s'attribuiva alle locuzioni tratte dal diritto romano, di *privilegia realia* e *personalia*; il privilegio reale è l'ipoteca, che, secondo l'antico diritto francese, garantiva i crediti che furono constatati mediante stromento notarile.

Digitized by Google

siderata come elemento che concorre a costituire la essenza del *privilegio reale*. Così si svilupparono i germi contenuti nella distinzione stabilita; la garanzia reale della *ipoteca* era considerata non come istituto separato dal privilegio che poteva esserle unito, ma quale termine onde questo traeva la *realità:* confusa col *privilegio*, ne rimaneva assorbita, e la figura giuridica principale era data dal *privilegio reale*. Onde la conseguenza, accolta poi senza dibattito (1), che i privilegi reali, per la entità principale ch'essi hanno, si debbono regolare, nella ipotesi di concorso, con la norma comune ai privilegi; concorrono cioè senza ragion di prelazione, purchè la legge non lo ordini espressamente.

Fin qui, la poca dirittura della costruzione procedette dal modo di considerare il *privilegio*; ma il difetto crebbe, in conseguenza dell'incontro di questa dottrina, che faceva della ipoteca un elemento del *privilegio reale*, con le norme relative alla ipoteca; l'incontro doveva necessariamente produrre nuova unione di concetti, e la teoria del privilegio ne trasse nuovi atteggiamenti, a seconda di quelli che riceveva la ipoteca. Rispetto alla quale (2), l'antica giurisprudenza francese tenne due dottrine, che la ricerca storica di oggidì (3) attribuirebbe in parte ad uno svolgimento speciale di essa, e in parte alla influenza che, dapprima sul diritto consuetudinario, venne esercitata dal diritto germanico: affermazione non fondata. La prima si riferisce alla costituzione della ipoteca per atto volontario: il concetto della *obligatio generalis* (4), che da principio era manifestazione dell'elemento patrimoniale contenuto nella obbligazione, come fu conosciuto e disciplinato dall'antico diritto romano, si trasformò in

---

(1) BASNAGE, op. cit. e p. cit; egli argomenta la risoluzione, non soltanto da considerazioni fatte sulla entità del privilegio, ma dalle contraddizioni in cui è caduto LOYSEAU: « *M. Charles Loyseau a dit plusieurs choses sur ce sujet, qui semblent contraires: il disait que la loi* privilegia *ne s'entendait que des privilèges personnels: M. Cuias le dit aussi, et la Glose pareillement: cependant elle se doit entendre aussi bien des privilèges réels, comme des personnels* ».

(2) Di questi due concetti s'è detto qualcosa (v. il cap. 1, § 1), nel tratteggiare i lineamenti storici dell'istituto della *garanzia reale:* del secondo si dirà più largamente in seguito, nelle ricerche sull'oggetto dell'ipoteca, e si mostrerà perchè sia stata ristretta ai soli immobili.

(3) V. ESMEIN, op. e l. cit.

(4) Sul concetto della *obligatio:* sulla entità della *obligatio generalis* e *obligatio specialis*, così nel diritto germanico come nel franco, v. le cose dette nel cap. I (n. 20), ed i fonti citati.

Digitized by Google

seguito (1), quando, tolta ogni differenza fra la obbligazione *generale* e la *speciale*, il concetto d'ipoteca dominò in entrambe, ed in virtù di considerazioni relative alla importanza dell'atto, si volle che la ipoteca generale non derivasse da qualunque atto contenesse obbligazione, ma soltanto dagli atti che fossero rivestiti di forma notarile. Della qual dottrina si volle aver ragione, argomentando dall'abitudine di apporre la clausola d'ipoteca generale negli atti rivestiti di tal forma (2) la necessità di sottointenderla, anche se non fosse stata espressa; invece, dove si badi all'effetto che dovette esercitare la legislazione imperiale (3) col privilegio accordato alla ipoteca consentita nell'*instrumentum publicum*, non parrà avviso infondato quello di spiegare questa virtù dell'atto notarile con le qualità inerenti alla forma, la certezza cioè unita ad una specie di pubblicità (4); tanto più, quando si pensi che col pervertimento seguito nel concetto di *privilegio reale*, facilmente si potevano attribuire alla ipoteca provvedimenti dati in origine rispetto al privilegio proprio. L'altra dottrina limitava il numero delle cose ipotecabili, perchè delle cose mobili si disse che *sequelam non habent* (5); la natura di esse considerata non rispetto alla sola *ipoteca*, ma rispetto alla pienezza del diritto *reale*, le faceva suscettibili di una *realità* limitata, perchè la impossibilità della *sequela* è limitazione, non negazione completa del diritto reale: ma s'intende che tal difetto inutilizzava la virtù maggiore, il carattere fondamentale della ipoteca, ch'è di seguir la cosa presso qualunque possessore. Si è affermato che questo principio derivi dal diritto germanico, e che è estraneo al diritto romano (6); è invece norma giuridica comune alle società antiche, e

(1) V. la n. precedente. V. specialmente i passi, già citati, del BEAUMANOIR, XXXIV, 52; LIV, 5; LXX, 11, 12; BOUTEILLER, *Somme rurale*, I, 25; *Livre des droits et commandements d'office*. a. 690 e 757. Cfr. tuttavia DUMOULIN, s. l'art. 43, della *Cout.* di Parigi (in *Oeuvr.* éd. Par., 1651) gl. I, 94. L'HOMMEAU, *Maximes générales de dr. franç.* (Par., 1665), règl. 327, 328.

(2) LOYSEAU, *Du déguerpiss.* (ediz. cit.), III, 1, 5; cfr. BASNAGE, op. cit., l. cit.; POTHIER, *Tr. de l'hypoth.* (ediz. cit.), n. 10. E sulla dottrina v. le osservazioni di FABRO. *De errorib. pragmaticorum* (in *Op. omnia*, ed. Lugduni, 1658), p. 3.

(3) L. 11 *C. qui potior* (VIII, 18). E su questa costituzione v. NEGUSANTIUS, op. cit., p. V, m. 2, nn. 49, 50; BACHOVIUS, op. cit., l. IV, c. 9, n. 4; VANGEROW, op. cit., § 387; WINDSCHEID, op. cit., § 245; SINTENIS, op. cit., § 81; DERNBURG, op. cit., § 151. Cons. BASNAGE, op. cit., c. XIV, p. 72.

(4) V. la n. precedente.

(5) V. il rinvio fatto nella n. 2 della pag. precedente.

(6) V. il rinvio fatto nella n. precedente.

Digitized by Google

su questo punto (come già s'è avvertito rispetto alla origine del pegno) il diritto romano antico, e il germanico ed il franco prima della recezione della legge romana, concordano esattamente; accordo, che mostra il criterio *giuridico* accolto presso la razza da cui scesero le genti latina e germanica. Cos'altro infatti dimostra, la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* (1)? E come nella società moderna, dopo la estensione del commercio, della prosperità economica, si ebbe un movimento di resistenza contro la poca estimazione data alle cose mobili (2), così, e più estesamente, avvenne nella romana, malgrado che il vecchio concetto continuasse a manifestarsi anche nel pegno, con l'abitudine di riserbare la ipoteca per gli immobili (3).

Queste due dottrine, accrebbero la perturbazione già seguita nel concetto del *privilegio*: da una parte, con l'attribuire alla forma dell'atto notarile la efficacia di produrre la ipoteca (convenzionale), il privilegio annesso a certi diritti di credito assumeva il carattere di *reale*, purchè la obbligazione fosse constatata mediante questo atto, in virtù della *ipoteca* considerata come elemento della realità di esso: dall'altra, siccome la ipoteca si poteva costituire soltanto sui beni immobili, questo *privilegio*, appunto perchè reale, non poteva legittimamente esistere, quando oggetto della garanzia fossero stati beni mobili. Pure, gli scrittori affermano, che anche in questa seconda ipotesi vi ha privilegio *reale*, e si argomenta la *realità* dalla esistenza del pegno espresso o tacito (4), cosicchè si accennerebbe a desumere la realità non dalla *ipoteca*, ma dalla *garanzia reale* in genere; ora, lasciando da parte il discorso del *pegno* propriamente detto, si hanno casi in cui si dice di *pegno*, sebbene vi difetti l'elemento del possesso del creditore (5). La qual cosa abbisogna

(1) Non occorre che s'insista oltre su quest'affermazione, che, sebbene in modo assai conciso, ebbe la sua dimostrazione nella notizia storica del pegno (v. il cap. I).

(2) È questa una delle considerazioni, che stanno a fondamento dei termini nei quali è contenuto il principio che regola l'effetto del possesso dei mobili corporali (C. civ., a. 707; e spiega il movimento della dottrina francese, che li richiede, quantunque non s'abbia un testo esplicito di legge. V. CHIRONI, *La validità dei doni manuali*, l. cit.

(3) L. 288, § 2, *De V. S.* cit.; v. il n. 9.

(4) BASNAGE, op. e l. cit.

(5) Così il BASNAGE, op. cit., c. XIV, p. 70, dà al privilegio del locatore il carattere di privilegio fondato su tacita ipoteca: *le propriétaire pour le paiement de ses loyers a une hypothèque tacite et privilégiée*. V. pure DOMAT, op. cit., l. 3, t. 1, sez. 5, XIV, *n.p.*: «... *cette hypothèque est privilégiée, et c'est notre usage* ».

Digitized by Google

di una spiegazione, che contribuirà a definire la costruzione della teoria del privilegio; ed è, che malgrado il principio escludente le cose mobili dal novero di quelle suscettibili di ipoteca, la teoria contraria ricevuta nel diritto romano, affermava ancora tutta la sua efficacia nei casi in cui il privilegio traeva la sua realità, non dalla esistenza del pegno, ma dall'ipoteca (1); accogliendo questo concetto, dal quale si può fin d'ora inferire che il principio *mobilia sequelam non habent*, è stato scambiato erroneamente, con l'altro escludente i mobili delle cose ipotecabili (2), la dottrina della *realtà* del privilegio avrebbe miglior fondamento. Pure, quando si badi alla relazione avvertita tra la ipoteca ed il privilegio, non parrà dubbio che la figura del privilegio *reale* si dovesse propriamente riferire al privilegio sugli immobili: e osservata come già notavano i dottori (3), la singolarità del privilegio per le spese funerarie, che, senza appoggiarsi su veruna ipoteca (e senza aver quindi *realità*), primeggiava tutti i crediti, anche gli ipotecari, i privilegi si distinguevano in:

a) privilegi *reali*, che concernevano principalmente (4) gli immobili, e contenendo il diritto *ipotecario* qual termine essenziale, superavano anche i creditori semplicemente ipotecari; in questa categoria, in virtù della sopravvivenza di concetti e di istituti di diritto romano, si debbono collocare i privilegi su *mobili speciali*, malgrado la contraddizione alle restrizioni introdotte rispetto alle cose ipotecabili;

---

(1) V. la n. precedente.

(2) V. su questo punto, la esposizione che si terrà nel trattato delle cose che possono essere oggetto di garanzia reale.

(3) V. in BASNAGE, op. cit., cap. XIV, p. 62.

(4) Principalmente; e per intendere quest'affermazione, è necessario ricordare quanto è stato osservato di sopra sull'incontro delle due massime: il privilegio reale contiene la ipoteca, che nel diritto francese può derivare da qualunque atto di obbligazione vestita di forma notarile, e la ipoteca non s'estende ai mobili. BASNAGE, op. cit., cap. XIV, p. 62, scriveva: « *nous ne reconnaissons plus de créanciers personnels, que ceux qui n'ont que des contracts ou obligations sous seing privé* ». E LOYSEAU, op. cit., III, 5, 21, afferma, che « *l'hypothèque privilégiée l'ont peut aussi appeller privilège réel ou hypothécaire* ». Certo, egual concetto è applicabile a qualche privilegio mobiliare speciale, e se ne ha prova nel carattere del privilegio del locatore, secondo la dottrina, già esposta, del BASNAGE e del DOMAT; ma questo punto che si connette alla trattazione dell'oggetto della ipoteca, sarà meglio chiarito in seguito.

Digitized by Google

b) privilegi relativi a diritti di credito cui non fosse unita la garanzia ipotecaria (1); mancando il carattere della realità, era attribuita a questo privilegio la efficacia consentitagli nella legge romana;

c) privilegi, che, indipendentemente dal carattere di realità, superavano nel concorso tutti gli altri creditori, anche gli ipotecari ed i privilegiati: e qui la prelazione era conseguenza della ragione generale del privilegio, la estimazione legale della *causa* del credito (2).

74. Il diritto comune italiano (3) serbò inalterata la natura e la costruzione giuridica del privilegio, secondo gli erano derivate dalla dottrina romana: le due cause che la turbarono cosi profondamente nel diritto francese, non vi ebbero influenza alcuna, sebbene, traendone argomento dall'insegnamento di Gaio rispetto al pegno, si dicesse che questo *propriamente* si costituiva su cose mobili (4).

75. Il concetto del privilegio *reale*, com'era stato accolto nella dottrina francese, indusse una distinzione che fu tenuta poi per fondamentale: quella di privilegi *mobiliari* ed *immobiliari*, secondo la natura della cosa sulla quale erano costituiti, e di privilegi *generali* e *speciali* secondo la estensione loro. Agli *immobiliari* parve si restringesse, o si dovesse restringere, la virtù del privilegio *reale*, come se il privilegio soltanto per cadere su cosa immobile, contenesse l'elemento della ipoteca: dottrina accolta poi nel codice (5), che assoggettò, per alcuni rapporti, la esistenza del privilegio immobiliare a quelle forme di pubblicità stabilite per la ipoteca, e di alcuni dispose, che mancata, per la inosservanza della forma, la ragion del privilegio, potesse rimanere il diritto ipotecario che vi era insito (6). Nella qual disposizione, si mostra persistente

---

(1) Arg. da BASNAGE, c. XIV, p. 62 cit. nella n. precedente.

(2) Come s'è osservato per il privilegio della spesa funeraria. V. BASNAGE, l. cit.; e DOMAT, nel pr., al tit. cit.

(3) V. in NEGUSANTIUS, op. cit., p. V, m. 2, nn. 1 e seg.

(4) L. 288, § 2, *D. de V. S.* cit., NEGUSANTIUS, op. cit., p. I, m. I, n. 1.

(5) Cod. fr., a. 2103, 2106-2113. E su questa materia v. l'accuratissima monogr. di VALETTE, *Les privilèges sur les immeubles*, in *Mélanges* (ed. cit. di HÉROLD e LYON-CAEN), I, p. 1 e segg.

(6) C. fr., a. 2113. Cons. VALETTE, monogr. cit. nella n. precedente.

Digitized by Google

la confusione tra il concetto di privilegio e d'ipoteca, e la superiorità del privilegio che l'avvolge, e che si manifesta nel regolamento del concorso, in cui, di regola, non vi ha prelazione data dal tempo; e in tutta la costruzione, s'osservano molte contraddizioni e insufficienze.

Anzitutto, col riferire i privilegi *reali* agli immobiliari, in conseguenza della ipoteca che vi è compresa, si dovrebbe credere, che rispetto alla *garanzia* che offre ai creditori, siasi voluto distinguere il patrimonio *mobiliare* dall'*immobiliare*, restringendo a quello il diritto di esecuzione spettante ai creditori chirografari. Ora, questo non è, e non poteva essere, malgrado fosse giusta conseguenza delle premesse accolte; perchè la *garanzia* s'allarga, eccettuati i casi di garanzia propriamente detta, a tutto il patrimonio, e il privilegio ne segue la estensione, quando non sia ristretto a quella cosa cui si riferisce specialmente la ragion del credito al quale è annesso. Tant'è, che i privilegi consentiti ai creditori chirografari non furono assolutamente ristretti ai mobili (privilegi mobiliari generali); ma, contrariamente alla norma statuita rispetto al diritto di esecuzione (1), si volle che il creditore *cominciasse* dall'esperirli sui mobili, e gli si riserbò il diritto di esercitarli *sussidiariamente* sugli immobili (2), salvo, s'intende, il diritto di prelazione dei creditori privilegiati rispetto a questi (3), e degli ipotecari. A togliere, almeno in parte, la contraddizione, bisognerebbe estendere il concetto della *realità*, come s'è osservato (4), non restringendola ai privilegi immobiliari, e allargandola a quei privilegi mobiliari speciali, in cui occorre la figura della garanzia reale: e allora s'avrebbero:

a) privilegi *reali*, nella costituzione dei quali concorre come elemento essenziale, il pegno (in generale);

b) privilegi annessi ad un credito chirografario (privilegi generali mobiliari, e immobiliari soltanto sussidiariamente).

---

(1) C. civ. fr., a. 2216; v. Cod. civ. it., a. 2078.

(2) C. civ. fr., a. 2104, 2115.; v. C. civ. it., a. 1963.

(3) V. su ciò il Cod. civ. fr., a. 2104.

(4) V. il n. 73. Certo, qualora s'argomenti dal fatto, che quasi tutti i privilegi mobiliari speciali hanno presso gli antichi scrittori di diritto francese, come presso i moderni, il fondamento sul concetto di pegno, la figura della *sicurtà reale* concorrerebbe con assai vigore a dichiarare la ragione del *privilegio* in genere. Specialmente, quando s'avverta pure che per qualcuno di questi privilegi è richiamato il concetto d'ipoteca: v. Basnage, l. cit. Ma, contro questa costruzione, v. le cose esposte in seguito nel testo.

Digitized by Google

Con questi principî, si potrebbero risolvere facilmente due gravi questioni. Se nei privilegi immobiliari, e nella maggior parte dei mobiliari-speciali, entra il concetto della garanzia reale come elemento costitutivo, perchè nel concorso di più crediti egualmente privilegiati, non si bada al tempo della nascita del privilegio, o al possesso della cosa mobile? La difficoltà non è grave, sol che si pensi al fatto già avvertito (1) dell'essersi scambiato il privilegio annesso ad un credito ipotecario, con la ipoteca come elemento del privilegio: data la figura prevalente di quest'ultimo, s'intende che il concorso si doveva regolare con le norme che gli son proprie. Quando poi si volesse restringere ai soli privilegi immobiliari la figura del *privilegio reale*, si potrebbero spiegare convenientemente con la sola teoria del privilegio i privilegi mobiliari-speciali: ma non è dubbio, che, nella storia della legge francese, il fondamento di essi è quasi sempre dedotto dalla ragion del *pegno* (2), sebbene più correttamente si dovesse dir d'ipoteca (3); non lo si disse, perchè si riteneva il principio « *mobilia sequelam non habent* », ma si mantennero quei privilegi annessi a crediti garantiti nella legge romana da ipoteca tacita.

L'altra difficoltà cade sul modo di regolare il conflitto fra i creditori generali e gli speciali; e di ciò si dirà lungamente in seguito. Ma si può accennare fin d'ora, che, considerate soltanto le ragioni storiche della legge, e tenuto perciò in gran conto l'elemento della garanzia reale esistente nei privilegi mobiliari speciali, non dovrebbe dubitarsi della priorità di questi ultimi: il privilegio puro, non dovrebbe superare il reale, o meglio quell'elemento di realità che vi è contenuto. Nè dall'ordine col quale la legge li ha enumerati, si dovrebbe trarre argomento a decidere diversamente, quando non risultasse da altra fonte la volontà di dar la preferenza ad una o più determinate cause di credito.

76. La legge italiana ha seguito un criterio ben più giusto di quello, che, per ragioni storiche, venne tenuto nella francese; ma il

---

(1) V. il n. precedente, t. e n.

(2) BASNAGE, l. cit.; DOMAT, l. cit. Cons. pure POTHIER, *Tit. de la procéd. civ.*, p. IV, cap. 2, § 2.

(3) V. su questo punto le osservazioni fatte nel n. precedente, e il rinvio in nota rispetto allo studio della massima *meubles n'ont pas de suite par hypothèque.*

Digitized by Google

tipo del privilegio, come vi è regolato, non è ancor quello che si deduce dalla legge romana, dov'è distinto così profondamente dagli istituti di garanzia reale, e vi si osserva ben distinta la influenza esercitata dalla dottrina francese.

Giustamente vennero posti fra le ipoteche legali alcuni tra i *privilegi reali* della legge francese; la entità giuridica della ipoteca non consentiva che questa fosse tenuta come elemento costitutivo di un privilegio, la importanza del quale derivava dalla realità, e perciò dalla ipoteca, che in conseguenza era il vero elemento principale dell'istituto. Di questa *realità* rimarrebbe qualche parvenza in alcuni privilegi mobiliari speciali (1), dove parrebbe di poter riscontrare come elemento costitutivo il pegno espresso, o pure il tacito; ma per questi ultimi (2) la ragion del privilegio si potrebbe pur dedurre non dal pegno, sibbene dalla influenza esercitata dal credito privilegiato sulla *conservazione* della cosa, e per l'altro si può affermare che il privilegio esprime soltanto il diritto di prelazione derivante dal pegno: il qual diritto vuol essere inteso, come sarà largamente spiegato, con riferimento al diritto di ritenzione (3). In ambi casi, la presenza del pegno rende questa ipotesi estranea all'istituto del *privilegio* propriamente detto.

Al quale non parrebbe rispondere adeguatamente la figura del privilegio generale mobiliare: vero è, che i crediti ai quali è unito, si possono esercitare, sebbene in via sussidiaria (4), sugli immobili; è parimenti certo che questa efficacia cessa dinanzi ai privilegi immobiliari, all'ipoteca; ma non si può contraddire che la distinzione, rispetto al privilegio, del patrimonio mobiliare dall'immobiliare, dipenda da un sistema non accolto nella legge italiana. La quale (tuttochè si possa osservare, che la ragione storica di molti privilegi mobiliari speciali è il rapporto di pegno),

a) conformandosi alla legge romana ed alla tradizione del

---

(1) Come s'ha, p. es., privilegio speciale del locatore, che vien generalmente fondato sul concetto del pegno tacito (v. BASNAGE, POTHIER, l. cit.); affermazione non al tutto accoglibile, secondo si dimostrerà a suo luogo.

(2) Nella partizione che si farà della materia, la trattazione di alcuni privilegi speciali dov'è quasi configurato il rapporto di pegno, sarà rinviata per tale motivo alla esposizione di questa garanzia reale. Più innanzi, si dirà in qual modo la figura del pegno entri nella struttura del privilegio.

(3) La teoria di questo rapporto sarà esposta in seguito.

(4) C. civ., a. 1963.

Digitized by Google

diritto italiano (1), separa il *privilegio* dalla garanzia reale, considerandolo soltanto come *qualità* del credito, conceduto unicamente dalla legge (2) in virtù della sua *causa*; e, come regola, statuisce la superiorità della garanzia reale sul semplice privilegio (3);

b) in relazione a questa *causa*, ha distinto il patrimonio mobiliare dall'immobiliare: e statuisce privilegi mobiliari ed immobiliari speciali, secondo che la *causa* è assicurata non rispetto a tutto il patrimonio, ma soltanto ad una cosa speciale (mobile od immobile) che vi è compresa;

c) questa *causa* ha talvolta così grande virtù da essere valutata rispetto all'intero patrimonio; ma la spiega anzitutto, e interamente, rispetto all'intero patrimonio mobiliare; sussidiariamente, e in parte, per la prevalenza dei privilegi immobiliari speciali, sul patrimonio immobiliare. Anche qui si potrebbe osservare una rimanenza del vecchio concetto del privilegio *reale*, e tenere il privilegio immobiliare come istituto risultante dalla ragion della *causa*, unita alla *ipoteca;* e spiegar così la prevalenza rispetto ai crediti semplicemente ipotecari (4). Forse, eguale entità potrebbe darsi al diritto del terzo possessore di separare i miglioramenti (5); ma altro è in questo secondo caso la figura del rapporto (6); e rispetto al primo, il sistema può essere costruito armonicamente, riflettendo che la *causa* del credito è valutata sovranamente dalla legge, in riguardo dell'intero patrimonio o di una parte di esso (7).

---

(1) Negusant., l. cit.

(2) Di regola dovrebbe essere, ed è difatti così; ma qualche volta avviene che, per la incompiuta o inesatta analisi del concetto di privilegio, questa possa esistere, senza essere *qualità* del credito. La questione sarà studiata nella esposizione delle cause per cui il privilegio s'estingue; e specialmente a proposito della novazione, dove avviene che il creditore può *riservare* per il nuovo credito i privilegi uniti al credito antico (Cod. civ., a. 1274). E la dottrina, interpretando le disposizioni sulla novazione per mutazione del debitore, aumenterebbe i casi di contraddizione (Cod. civ., a. 1275, 1276): e non bene, secondo che sarà detto a suo luogo.

(3) Come regola: il privilegio del creditore *pignoratizio*, che deriva appunto dalla ragion del pegno, è preferito. Ma i privilegi immobiliari superano le ipoteche (Cod. civ., a. 2092); e queste due regole saranno dichiarate più avanti.

(4) Cod. civ., a. 2092 cit.

(5) Cod. civ., a. 2020 al.

(6) V. il n. 171.

(7) L'affermazione, come è stato notato di sopra, è conforme alla natura giuridica del privilegio.

Digitized by Google

Si è osservato dianzi, che, storicamente, la ragione di molti fra i privilegi speciali mobiliari è il *pegno:* locuzione che si deve intendere in senso lato, perchè nel privilegio del colono è riprodotta la vecchia figura della *ipoteca* su cosa mobile (1). Questo rapporto esisterebbe nella legge odierna nel *privilegio* accordato sui frutti agli istituti di Credito agrario (2), stante la necessità della *iscrizione* (3) richiesta in qualche caso; ma, se ben si bada, la iscrizione non muta il privilegio in ipoteca su cosa mobile, e dev'essere effettuata solo perchè il credito abbia la prevalenza su altri privilegi (4); cosicchè alle categorie enumerate si debbono aggiungere:

d) privilegi mobiliari speciali, dove la prelazione dipende in alcuni casi dalla *iscrizione* eseguita legalmente. Occorre nella legge del Credito agrario anche il *privilegio* sul maggior valore della cosa, in conseguenza del mutuo fatto per migliorare un fondo: ma qui impropriamente si dice di privilegio; si ha una vera ipoteca, non ignota alla vecchia dottrina, e specialmente alla francese (5).

77. Da questa ricerca, si possono dedurre i termini per costruire con esattezza la teoria del privilegio. Come la garanzia reale, il privilegio attinge il valore della cosa; ma diversamente da quanto avviene in essa, non arriva a tal fine col mezzo di un rapporto (speciale) sulla cosa stessa. Qui, non traccia di *esecuzione reale:* anche nel privilegio annesso al *pegno* proprio, la esecuzione speciale dipende da questo istituto; il diritto del creditore privilegiato sul patrimonio, o sulla cosa speciale, non è diverso da quello spettante in genere ai creditori chirografari, e la qualità sua particolare può essere esercitata, soltanto quando il patrimonio, o la cosa siano, con la vendita, trasformati in *valore*. Allora, si manifesta il diritto speciale che dà la prelazione contro gli altri creditori chirografari, non contro i *pignoratizi* (in generale), i quali hanno, oltrechè sul valore, il diritto proprio sulla cosa; e questo diritto che emana da un rapporto diretto fra la persona ed una cosa

(1) V. su questo l'autorità, già riferita, del BASNAGE: v. pure il DOMAT, l. cit.: cfr. con POTHIER (l. cit.), che volge la presunzione al pegno.

(2) L. 23 gennaio 1887, a. 4276 (serie 3ª).

(3) L. cit., a. 3-8.

(4) L. cit., a. cit.

(5) BASNAGE, op. cit., c. XIV, p. 64.

Digitized by Google

(il *valore* realizzato), è reale (1). La risoluzione proposta otterrà sussidio dallo studio sulla realità del rapporto fra i creditori chirografari ed il *valore* ricavato dalla liquidazione del patrimonio: dove sarà chiarito il significato della qualità ch'esso ha di *garanzia generale* dei creditori (2), derivata dal vecchio principio: *chi si obbliga, obbliga il proprio* (3).

Cosicchè, il *privilegio* dà origine ad un diritto reale sul *valore* quando sarà realizzato; soltanto con la liquidazione, e in seguito di essa, si manifesta la sua virtù speciale: prima di tal termine, il creditore privilegiato non ha verun rapporto speciale col patrimonio del debitore, con la cosa che vi è contenuta, purchè non vi concorra il diritto di pegno (4).

A dir vero, questo criterio, desunto dalla ragion del privilegio, non è, o non pare che sia sempre seguito strettamente nella legge civile; perchè, se nel concorso dei privilegi generali con gli speciali quelli sono superiori, ad eccezione di alcuni casi dove si riscontrano i termini del pegno espresso o tacito (5), egual preferenza non è data in altra ipotesi (6), dove, meglio che del pegno, s'avrebbe la figura della *ipoteca* sulle *invecta et illata*. La qual disarmonia si potrebbe spiegare, considerando che, tolta la possibilità d'ipoteca sulle cose mobili, il privilegio di cui si è detto non doveva ser-

(1) La costruzione proposta è ottenuta dallo studio sugli effetti del privilegio rispetto al patrimonio, od alla cosa: cosicchè, non parrà strano che si dia al privilegio il carattere di diritto reale, soltanto da che è stato compiuto il fatto della realizzazione del valore. Non è che si dica, che qui il privilegio ha in pari tempo due caratteri contraddittorî: e che cioè sia personale e reale; no: è reale, ma quando quel termine s'è effettuato. Prima, il privilegio, per sè, non dà diritto speciale, all'infuori di alcune misure conservatorie che possono essere connesse a qualcuno, secondo che avviene per il privilegio del locatore; ma di carattere reale non v'ha traccia.

(2) Cod. civ., a. 1948, 1949.

(3) Beaumanoir, op. cit., XXXV, 20, 21.

(4) Ma s'avverta, che se concorre il pegno, la realità non è inerente al privilegio, sibbene alla presenza di questo rapporto: e più generalmente, dalle cose dette e da quelle che sono esposte ora nel testo (n. 75), si desume che la ragion del privilegio dev'essere interamente distinta dalla ragion del pegno; e che se i due istituti concorrono, è necessario ricercare anzitutto, in che modo, con qual'entità concorre il pegno. Perchè, se vi concorre espressamente, come avviene per il privilegio accordato al creditore pignoratizio, la *prelazione* non indica la esistenza di un privilegio vero, ma della *sicurtà reale*.

(5) Cod. civ., a. 1958, n. 6 e segg.

(6) Cod. civ., a. 1958, n. 3.

Digitized by Google

barne la figura, sebbene mal si concilî con quest' affermazione il diritto di seguire la cosa, statuito in certi casi a favore del locatore (1); difesa che mostrerebbe quel rapporto con la cosa, che è carattere distintivo della garanzia reale. Di minor conto è la difficoltà che nasce dalla preferenza accordata ai privilegi immobiliari sui crediti ipotecari (2); perchè, senza argomentare dalla storia della legge, e vedere, in conseguenza, nel privilegio dello Stato un avanzo della garanzia ipotecaria, che gli era conceduta nel diritto antico (3), ragionando per analogia sul concetto di privilegio com'era inteso nella legge romana rispetto ai crediti per le spese funebri, si può dire, che la legge nel crearlo gli può dare cosiffatta virtù, da vincere anche la ipoteca con la quale potesse concorrere. Maggior peso avrebbe l'altra difficoltà, che si può desumere dall'ordinamento sul concorso di più privilegi mobiliari speciali annessi a crediti pignoratizi (espressi o taciti): perchè per alcuni (4) la ragion di preferenza è dedotta non dal concetto di pegno, ma dalla *causa;* ma ancor qui si può far valere l'argomento dedotto dalla dottrina romana, che cioè la legge nell'accordare il privilegio a crediti garantiti da pegno, può, secondo la causa, accordare la prelazione a quello che stima ne sia meritevole.

78. Nel trattare in seguito dei singoli privilegi, si discorrerà di quelli nei quali la considerazione della *causa* è la ragione unica dell'istituto, senza che vi concorra cioè altro elemento estraneo; saranno perciò studiati nel trattato della garanzia reale mobiliare, quei privilegi, nella ragion dei quali influisce il concetto del pegno. Che esercita influenza sotto due rispetti: *espressamente* (5), od

(1) Cod. civ., a. cit.

(2) Cod. civ., a. 2092.

(3) Malgrado si debbano separare nettamente i due concetti di privilegio, e di sicurtà reale, è certo che questa dà la ragione storica di molti privilegi; non solo; chè unita all'altro concetto del privilegio *reale*, spiega la prelazione sull'ipoteca di alcuni privilegi, che erano *reali* per l'oggetto sul quale erano costituiti, ed oggi sono soltanto immobiliari. Come osservava Basnage (loc. cit.), il privilegio *reale* era ipoteca privilegiata; ma l'art. 2092 può anch'essere dichiarato, argomentando, com'è detto nel testo, dalla entità del privilegio, e dall'estimazione che il legislatore può fare, secondo vuole, della causa del credito.

(4) Cod. civ., a. 1956; a. 1958 n. 2, 3, 4; a. 1959. Queste affermazioni saranno discusse quando s'esporrà la graduazione dei privilegi.

(5) Cod. civ., a. 1958, n. 6. Ma vedi quel che s'è detto nella n. 1 della pag. precedente.

Digitized by Google

indirettamente: si potrebbe dire anche *tacitamente* (e di sopra si dice appunto del pegno *tacito*), ma è meglio dire *indirettamente*, perchè i termini che accennerebbero al concetto del pegno (1), servono semplicemente per dar vita al privilegio, senza che dal concorso di essi derivi un vero rapporto di pegno a favore del creditore. Certo, la presenza di questi elementi è spiegata storicamente, col rammentare che quasi tutti i crediti così privilegiati avevano anticamente una *ipoteca tacita;* questa garanzia è tolta, ma i termini necessarii a costituirla, sono oggi richiesti per la esistenza del privilegio, indipendentemente dal pegno. Tuttavia, siccome il concetto di pegno contribuisce a spiegare il privilegio, e anche a costituirlo, così il rinvio è abbastanza giustificato.

§ 1.

I privilegi generali mobiliari.

Sommario. **79.** A. Privilegio per le spese giudiziali. Fondamento suo. Esposizione e critica della dottrina che lo deduce dalla gestion d'affari. — **80.** Come, tenuta la ragione della utilità, si distinguano alcune ipotesi, nelle quali non correttamente si suole richiamare la figura del privilegio: spese fatte in rappresentanza dei creditori. Applicazione: erede beneficiario; fallimento. — **81-84.** Utilità *oggettiva* e *soggettiva.*

79. La designazione dei privilegi generali mobiliari, comincia col privilegio accordato al credito delle spese di giustizia fatte per atti conservativi, o di esecuzione sui mobili, nell'interesse comune dei creditori (2): termini che dichiarano nettamente, come la ragione e la estensione del privilegio consistano nella *utilità*, considerata *oggettivamente* e *soggettivamente.* Dei quali caratteri si discorrerà in seguito; e perchè si possa dichiararli con precisione, è necessario eliminare quelle proposte di costruzione, che dal concetto della

(1) Così è compiuta la teoria esposta (v. la n. cit. nella p. prec.) sulla relazione fra i concetti di privilegio e di pegno, quando concorrono. È innegabile che in molti casi, dove la dottrina moderna segnala il pegno tacito come fondamento del privilegio, la figura del pegno non concorre, come avviene nel pegno espresso, a modo che la prelazione sia la manifestazione della sicurtà reale; ma senza che si abbia un vero rapporto di pegno, il concetto di esso è termine integrale del privilegio, che è il solo rapporto posto in evidenza.

(2) Cod. civ., a. 1956, 1°: C. civ. fr., a. 2101, 1°.

Digitized by Google

utilità argomentano la esistenza fra il creditore privilegiato e gli altri concorrenti (sul patrimonio mobiliare), di un rapporto che non vi è, e non determinano esattamente gli elementi che occorrono affinchè dalla utilità nasca il privilegio.

Parve difatti a taluni (1), e la storia della legge francese, dalla quale venne dedotta la italiana, sorreggerebbe quest'avviso (2), che la *utilità* stia nella gestion d'affari, che sarebbe il rapporto intervenuto fra chi è creditore per aver fatto spese di conservazione e di esecuzione, e gli altri creditori che ne dividono il vantaggio. Se la costruzione fosse vera, converrebbe asserire, che, data la gestione d'affari, il gestore avrebbe l'azione contraria, quantunque la utilità non sia effettivamente derivata dall'*atto compiuto*, utile per sè (3); e la risoluzione non è accolta, perchè non derivante dal concetto di vantaggio, di utile effettivo onde trae nascita il privilegio. Il creditore che agisce, lo fa per sè, a nome proprio, esercitando un diritto suo, rispetto al patrimonio che costituisce la garanzia generale del credito; se dal suo atto deriva utile agli altri creditori, non si deve argomentarne un rapporto di rappresentanza (mal ristretto al vantaggio effettivo), ed è necessario di considerarlo in relazione alla entità del patrimonio, garanzia *comune* ai creditori, cui non fosse data una sicurtà speciale; il creditore fa valere il credito particolare a lui, ma il risultato utile cade su cosa in cui gli altri creditori hanno pur diritto di concorrere. Ora, la utilità così intesa, esclude con la rappresentanza il concetto di gestione di affari; nè rileva l'avvertire

---

(1) V. specialmente THEZARD, op. cit., n. 371; e LAURENT, op. cit. XXIX, n. 323, che non dice, è vero, di gestione, ma ne accenna al contenuto, affermando che « chi fa le spese deve pagarle, e le spese giudiziarie son fatte dai creditori, quand'anche non figurino tutti negli atti che vi dànno luogo ». Gli altri dottori trovano la ragion della legge nella stessa locuzione da lui adoperata « interesse comune »: analizzandola poi, nell'esame di alcune questioni speciali.

(2) POTHIER, *Tr. de la procéd. civ.* (ed. cit.) p. IV, cap. II, § 2: *le poursuivant, en faisant ces frais, a géré l'affaire commune....*

(3) Cod. civ., a. 1144; Cod. civ. fr., a. 1375. CHIRONI, *Istit. di Dir. civ.*, § 369 e gli aut. cit. V. ora il prog. del Cod. civ. germ., § 750 e seg.; *Mot.*, II, p. 861. Non la riuscita effettivamente utile, ma il *modo* col quale è stato condotto l'affare, in vista dell'utilità da trarne, è il criterio che dichiara la posizione del gestore così nell'azione *diretta*, come nella *contraria*. In quest'ultima, il prog. cit. esige la utilità subbiettiva, nel senso che la gestione dev'essere condotta secondo la volontà presumibile del *dominus:* ma la presunzione data sul modo d'intendere la volontà di questo, toglie in gran parte la diversità dei due criteri (§§ 752, 753).

Digitized by Google

che l'interesse comune fra i creditori li stringe quasi in società, perchè mal s'intende la rappresentanza derivante da tal vincolo (1), e ristretta soltanto alla gestione obbiettivamente utile; più correttamente, può essere richiamato il concetto di *comunione,* dove la rappresentanza legale manca, e la spesa utile per la conservazione della cosa per l'interesse comune, dà, per la utilità stessa, il diritto di rimborso proporzionale.

Esclusa la figura della gestione di affari, non si deve tuttavia inferirne che non possa mai occorrere rispetto ai creditori per le spese di conservazione o di liquidazione del patrimonio mobiliare. Fondamento del privilegio è la utilità effettiva; ma ciò non toglie che talvolta il credito abbia la sua ragion di essere nella gestione d'affari, quando ne occorressero i termini costitutivi, e allora non gli si unisce il privilegio in discorso: sebbene nei risultati il vantaggio del creditore-gestore non sia gran fatto diverso. Perchè, se nel rapporto nascente dalla sola utilità *effettiva,* il privilegio gli assicura il rimborso, in quello nascente dalla gestione, le spese che ha sostenuto nell'*amministrazione* son parte di questa, e perciò, senza bisogno d'invocare alcun privilegio, si debbono rimborsare interamente; in conseguenza dell'*amministrazione*, la rimanenza su cui i creditori esercitano, in concorso, il proprio diritto, è costituita dal residuo che si ha, dedotte le spese occorse per tenerla. Il concetto di *amministrazione* specifica meglio, compie l'altro della rappresentanza, che, posto genericamente, non spiega con sufficienza il rimborso intero che s'effettua prima d'ogn'altro pagamento, su quel che si è ricavato con la vendita della cosa cui l'atto si riferisce (2).

Con questa distinzione si determinano esattamente i rapporti fra i creditori ed il terzo che abbia fatto le spese di conservazione e di esecuzione; mancando la ragion della rappresentanza, il suo credito ed il privilegio nascono dalla utilità *effettiva* derivata dal-

(1) La restrizione lede certamente il concetto di rappresentanza.

(2) Due cose paiono evidenti in questo ragionamento. La prima, che quando si tratta di spesa di amministrazione fatta da chi la gerisce, si deve diffalcarla prima che si proceda ad alcuna distribuzione di prezzo, perchè senza di essa, non si poteva avere l'amministrazione, e il risultato che s'è ottenuto; la seconda che gli autori i quali (p. es. LAURENT, l. cit.) dichiarano con questo riflesso la ragion del privilegio, direbbero bene se il creditore fosse *amministratore, gestor di affari.* Non si nega che questa figura possa occorrere; ma altra è la ragione generale della legge. V. la n. seg. Cons. Cass. fr. 10 maggio 1887 (*J. du Pal.*, 1888, 1, 493).

Digitized by Google

l'atto; se invece esiste la rappresentanza nell'atto di amministrazione fatto a nome e nell'interesse dei creditori, è dichiarato senz'altro il perchè, prima del pagamento dei loro crediti, sia dovuto il rimborso integrale. La bontà di questo criterio direttivo, si può osservare nella risoluzione comunemente data a due questioni: se il curatore della fallita abbia diritto al rimborso intero delle somme spese in atti di conservazione e liquidazione, anche se, per essere rimasto soccombente nella lite, la spesa non abbia prodotto utilità effettiva per la massa; e se il creditore il quale agisce contro il curatore perchè sia riconosciuto il suo titolo di credito, abbia diritto al rimborso integrale delle spese sostenute, sebbene la utilità della spesa sia particolare a lui. Ambe questioni son risolute affermativamente (1), considerando che gli atti son fatti rispetto alla *massa* dei creditori, i quali debbono sopportare le spese fatte a loro nome, o contro di essi. E l'argomentazione fa pensare due cose: l'una, che bisogna unirvi, come s'è detto per la rappresentanza, il concetto di amministrazione, per intendere il rimborso con preferenza ai creditori rappresentati; l'altra, che, senza tener conto dell'estensione dell'amministrazione (perchè il principio non cambia), quando la preferenza esiste qual conseguenza legittima di essa, è inutile ricorrere al concetto di *privilegio*, introdotto espressamente dalla legge. E s'avverta che il criterio della costruzione non si può restringere a pochi casi determinati, ma, per la ragion sua stessa, si

(1) Sulla prima risoluzione (identica per il caso di eredità beneficiata, per le spese fatte dall'erede: e sulla posizione giuridica di questo, v. ora CHIRONI, in *Giurispr. ital.* 1892, n. 1), v. DURANTON, op. cit., VII, 26; TOULLIER, op. cit., IV, 390: LAURENT, op. cit. Mon. XXIX, 543-351; AUBRY e RAU, op. cit., § 260, 1; THÉZARD, op. cit., n. 372. Il criterio esposto nel testo, e la differenza che si esporrà fra spese giudiziali ed estragiudiziali, dispensa da ogni ricerca sulla estensione del *privilegio*, com'è fatta dagli autori che dànno all'istituto il fondamento qui contraddetto. Quando vi è amministrazione, non vi può essere *privilegio*.

Sulla seconda v. THÉZARD, l. cit.; LYON-CAEN et RENAULT, *Préc. de dr. comm.* (II^e^ éd.), II, n. 2878; Cass. fr. 4 genn. 1858 (*J. du Pal.*, 1858, 597); 18 ag. 1880, (*J. du Pal.*, 1881, 1, 131); 1 aprile 1890 (*J. du Pal.*, 1890, 1, 1244), e LYON-CAEN in n. Avviene lo stesso per la liquidazione? Non pare, badando alla posizione speciale dei creditori in quest'ultimo caso; la società che liquida, esiste sempre (*V.* App. Torino, 19 nov. 1890 in *Foro it.*, 1891, 1, 158; Cass. fr. 13 genn. 1892 in *J. du P.*, 1892, 1, 100; LYON-CAEN, l. cit.. e NANI in *Foro it.*, 1890, f. 7). E allora, il creditore che anticipa spese che conferiscono all'interesse comune, è giustamente privilegiato. Cass. fr. 18 maggio 1881 (*J. du Pal.*, 1882, 1, 126); 30 marzo 1886 (*J. du Pal.*, 1886, 1, 633 e 1 apr. 1890 cit.

Digitized by Google

deve applicare quante volte si tratti di rappresentanza conseguente dall'amministrazione tenuta nell'interesse altrui.

Così, la teoria è posta in modo, che non vi sono accolti concetti contraddittorî; se chi fa le spese di conservazione o di liquidazione del patrimonio mobiliare, provvede attuando un rapporto di rappresentanza (amministrazione) rispetto agli altri creditori, il rimborso gli è dovuto per il fatto stesso dell'amministrazione, perchè le spese son mezzo necessario a tenerla; la figura del privilegio accordato dalla legge non è qui applicabile.

80. La ragion di esso è dunque riposta nella *utilità effettiva, reale, derivante ai creditori dalle spese giudiziali fatte per conservare o liquidare il patrimonio mobiliare del debitore, senza che fra la persona che le ha fatte ed i creditori che se ne avvantaggiano, esista a tal fine un rapporto di rappresentanza.* La utilità così intesa, dà contenuto al rapporto della *in rem versio*, perchè non è lecito che si tragga lucro ingiustamente dalle spese fatte da altri, quando questo facendole, non ha inteso di fare una liberalità; vero è che questo concetto della *versio in rem* non risponde ai termini che l'istituto di tal nome aveva nella legge romana, ma è parimenti certo che la dottrina anteriore alla codificazione francese lo formulò nettamente, con la estensione consentita dalla equità (1); qui vi è la utilità effettiva, senza l'elemento della rappresentanza, e questa è la ragione di distinguere l'istituto odierno della *versio in rem* dalla *negotiorum gestio* (2).

La utilità consiste nella conservazione, o nella liquidazione dei mobili spettanti al debitore; i mobili son parte del patrimonio che serve di garanzia (in generale) ai creditori, e perciò le spese sostenute per conservarli o realizzarne il valore, si ritengono fatte per conservare o utilizzare la garanzia generale. E siccome questa interessa quei creditori che son privi di garanzia particolare, così, di regola, la utilità non esiste per quei creditori rispetto ai quali la garanzia fosse stata specializzata con la ipoteca, o pure col

(1) POTHIER, *Tr. de contr. du mandat* (in *Oeuvres*, éd. cit.), nn. 164 e segg.

(2) V. su questi argomenti gli studi di SCIALOJA nel *Foro it.*, 1889, 1, 940; COGLIOLO, *La gestione di affari* (Firenze, 1890); PACCHIONI, *Studi di Dir. privato* (Cesena, 1889) pag. 73 e segg.; ed il *Negotium alienum*, Catania, 1890; e su questi autori, CHIRONI, in *Riv. ital. delle Sc. giuridiche*, IX, fasc. 3, p. 2, §§ 4-6, IV. Cfr. Cass. fr. 11 luglio 1889 (*J. du Pal;* 1890 1, 241); cfr. LABBÈ in n.

Digitized by Google

pegno, o che avessero un privilegio fondato indirettamente sul concetto del pegno; esiste invece per i creditori che hanno soltanto la garanzia generale derivante dall'obbligazione. Garanzia che comprende tutto il patrimonio; ma s'è detto (1) per quali ragioni d'interesse storico, il privilegio sia ristretto ai mobili, e si possa esercitare sussidiariamente sugli immobili, soltanto in confronto ai creditori chirografari.

81. Con la guida di questi criteri, si può meglio intendere la distinzione proposta rispetto al fondamento del privilegio: perciò, distinguendo la utilità contenuta nella *in rem versio*, dalla rappresentanza insita nell'atto di amministrazione, e che dà luogo ad un rimborso che apparentemente ha molta affinità col privilegio, si hanno i seguenti termini che designano nettamente i due rapporti:

α) nel rapporto nascente dalla *versio in rem*, è necessaria la esistenza della utilità effettiva in vantaggio comune dei creditori: nella rappresentanza si valuta la utilità, esaminando soltanto se l'atto compiuto fosse utile in sè, indipendentemente dal risultato ottenuto. Con ciò viene risoluta in modo conforme ai principî, la questione della opponibilità del privilegio spettante al curatore del fallimento (o dell'eredità giacente: e all'erede beneficiario), avverso al creditore rimasto vincitore nella lite che ha mosso, e ch'è stata mossa contro di lui; si afferma che il privilegio non gli si può opporre (2), perchè non ebbe utilità veruna da queste spese. La decisione è dedotta dal concetto della utilità com'è nella *versio in rem:* ma si deve avvertire che il curatore rappresenta la massa, e se in conseguenza della vittoria giudiziale un creditore è ammesso a farne parte, il credito per le spese cui ha diritto, si esercita direttamente sul patrimonio di questa, e perciò la diminuzione sua, per effetto del rimborso, colpisce proporzionatamente anche il creditore vincitore. Argomentando dal concetto di privilegio, avviene, che un atto ch'è di amministrazione per alcuni creditori non lo è per altri, sebbene eguale sia la loro posizione come soggetti di rapporto patrimoniale; mentre l'amministrazione si riferisce a questo patrimonio, e le conse-

(1) V. sulla ragione della distinzione dei privilegi mobiliari dagli immobiliari, i nn. 75, 76 e le note relative.

(2) MARTOU, op. cit., II, n. 342; AUBRY e RAU, op. cit., § 260, 1° in f. e sentenze cit. in nota.

Digitized by Google

guenze concernono tutti i creditori che si valgono della garanzia generale che vi è contenuta,

β) Il privilegio è annesso al credito derivante da spese giudiziali (1) fatte per la conservazione dei mobili e per l'esecuzione su di essi. La utilità contenuta nella *versio in rem*, è dimostrata dalla necessità nella quale erano i creditori cui il privilegio è opponibile, di far quelle spese, a fin di ottenere la conservazione o la realizzazione del patrimonio mobiliare; il creditore che le sopporta, non può farle senza che la utilità sua sia pure di vantaggio agli altri che nel patrimonio del debitore hanno la garanzia comune. Invece, nel rimborso delle spese sopportate in qualità di gestore rappresentante, non si distinguono le spese giudiziali dalle extragiudiziali; quanto è stato speso dall'amministratore con buon criterio di gestione utile, è spesa di amministrazione, in virtù della quale si è ottenuto il prodotto sul quale i creditori concorrono (2).

---

(1) La conseguenza dei principî posti a dichiarare il fondamento del privilegio, induce la distinzione delle spese *giudiziali*, da quelle che si possono comprendere sotto il nome generico di *amministrazione;* sebbene, come s'è avvertito, l'amministratore ha per il rimborso una prelazione che gli deriva necessariamente dalla funzione che esercita. Vero è che nel DOMAT (op. cit., l. 3, sez. 1, tit. 5, XXXV), è detto pure di spese di sigillo e d'inventario, ma separatamente da quelle giudiziali; ora, queste spese possono essere giudiziali, e quando lo sono, sono privilegiate per tale qualità loro, ma non lo sono sempre, e allora chi le fa può aver diritto al prelevamento (chè tale è il rimborso preferito che gli spetta), come amministratore. Non è forse questo il significato dell'art. 978 del Cod. civ., per le spese di sigillo e d'inventario fatte per la eredità beneficiata?

Questa distinzione non è posta chiaramente dagli autori (v. gli aut. cit., l. cit.): e dalle decisioni giudiziali (v. la n. seguente), che tenendo le spese di amministrazione, di rappresentanza, come fossero spese giudiziali, dànno al privilegio un contenuto che non è il suo; e trattandole poi come privilegiate per tal qualità, dovrebbero restringere la prelazione alla *versio in rem*, che urta contro il concetto di rappresentanza (v. il testo β in f.). Quel che pare prelazione in quest'ultimo caso, è prelevamento.

I due istituti sono ben separati nella L. germanica sui concorsi (10 febbr. 1877), § 51, sebbene assieme compongano le *Massekosten;* nel Cod. civ. del Portogallo, a. 1011: e lo son pure, con minor precisione, nel Cod. civ. spagn. (1889), art. 1924, (*gastos de justicia, y de administracion*); nel Cod. civ. dell'Uruguay, a. 2322, 1°; nel Cod. civ. della Rep. Argentina, a. 3879, 1°; e nel Cod. civ. del Basso Canadà, a. 1994. Seguono la legge francese, il Cod. civ. del Chili, a. 2472, 1°; il Cod. civ. del Guatemala, art. 2392, 1°; il Cod. civ. del Messico, art. 2077, 1°.

(2) Veggasi contraddizione: la Cass. fr. 18 maggio 1881 (*J. du P.* 1882, 1, 127) ha deciso che le spese di amministrazione dànno al creditore il diritto di *privilegio*, come spese giudiziali, senza che si debba ricercare se la gestione ne sia

Digitized by Google

γ) Dal modo d'intendere la utilità ch'è la ragion fondamentale del privilegio, s'inferisce che può derivare soltanto dalle spese di conservazione e di esecuzione fatte da un *creditore*, il quale sopportandole reca necessariamente vantaggio agli altri o ad altri creditori ; e dalle spese fatte da uno che nel farle *si riteneva creditore*. Un *terzo* che fosse estraneo al rapporto patrimoniale derivante dal diritto di credito, non avrebbe interesse proprio ad agire, e perciò se l'azione fosse da lui intentata, o contraddetta validamente, il suo credito deriverebbe dalla *rappresentanza* dei *creditori* esistente per mandato, o perchè la gestione è riescita utile; se il terzo avesse governato l'affare di un solo creditore, o di alcuni tra quelli cui la gestione riesciva utile, non a lui direttamente, ma al *dominus negotii*, apparterrà verso gli altri il credito ed il privilegio: salvo al gestore il diritto di esercitarli come creditore del *dominus* (1), potendo in tal qualità valersi dei diritti e delle azioni non personali esistenti nel patrimonio del debitore. Ma dovrà subire il concorso degli altri creditori di quest'ultimo? o come creditore, potrà per le spese fatte godere il privilegio contro gli altri, per aver conservato un diritto spettante al debitore comune? La risposta affermativa non par dubbia, e la sua giustezza risulterà ancor meglio dai principî che si esporranno in seguito, nel discutere la possibilità di estendere le cause di privilegio.

La storia della legge conforta ampiamente la dottrina esposta. I dottori studiano il privilegio derivante dalle spese di giustizia in relazione ad un creditore che le avesse fatte, avvantaggiando gli altri creditori concorrenti (2); s'intende che il creditore può farle direttamente, o per mezzo di un rappresentante.

δ) La diversa estensione avvertita nei due rapporti rispetto alla persona che ha fatto le spese rimborsabili, esiste pure rispetto ai

---

stata effettivamente avvantaggiata; altre volte (29 giugno 1875, *J. du Pal.*, 1875, 1015: 16 giugno 1878, *J. du Pal.*, 1878, 1202), aveva deciso ugualmente, ma era stata accertata la utilità effettiva. Ora, se queste spese son pareggiate alle giudiziali, la necessità di quest'ultimo elemento non abbisogna di dimostrazione; se poi si considerano secondo i termini della rappresentanza che è nell'amministrazione, la decisione è corretta, e risponde ai principî esposti nel testo. Confondere i due istituti, è confondere costruzioni giuridiche al tutto distinte. V. pure Cass. fr., 30 marzo 1886 (*J. du Pal.*, 1886, 1, 632). Sulle spese di amministrazione, cons. Cass. di Firenze, 29 nov. 1886 (*Legge*, 1887, 1, 336).

(1) Cod. civ. a. 1234 cit.

(2) Domat, l. cit.; Pothier, l. cit.

Digitized by Google

creditori contro i quali è fatto valere il rimborso; il privilegio è opponibile a quei creditori che hanno nel patrimonio del debitore la *garanzia* derivante dalla obbligazione; si può opporre ai creditori ipotecari, quando in caso d'insufficienza della sicurtà ipotecaria concorrono coi chirografari per il residuo, ma in questo concorso i creditori ipotecari sono soltanto chirografari (1). Invece, quando occorre il rapporto di rappresentanza, l'amministrazione può essere utile a qualunque creditore; e s'intende come la conservazione dei titoli di proprietà del fondo ipotecato, fatta a spese del curatore il fallimento, o la eredità giacente, o dall'erede beneficiario, possa riescire utile anche ai creditori ipotecari, i quali debbono perciò concorrere nel rimborso. Del resto, sotto questo aspetto la diversità dei due rapporti si riduce a poca cosa: la esistenza della garanzia *reale* dà ai creditori cui appartiene, una posizione distinta, un rapporto particolare nella parte speciale di patrimonio destinato alla sicurtà.

82. Il concetto suesposto, come indica a chi compete il privilegio, così vale a determinare su quali cose è dato, e contro chi: sui *mobili* rispetto ai quali è seguita la spesa utile, e contro i creditori che hanno sentito effettivamente questa utilità. Ma le due proposizioni abbisognano di qualche sviluppo, e perciò è mestieri di ricercare il contenuto della prima, che è la *utilità oggettiva*, e della seconda, la utilità *soggettiva*. Il concorso dei due caratteri dichiara quali siano i confini del privilegio.

È oggettiva la utilità della quale il patrimonio *mobiliare* del debitore si è effettivamente avvantaggiato, e s'insegna, che a seconda dell'estensione di questo risultato è regolata l'ampiezza del privilegio; perciò, se la spesa fatta cadesse non su tutto il patri-

(1) Esaurita la garanzia speciale, che è la sicurtà propria, i creditori ipotecari concorrono, per il credito rimanente, sulla garanzia generale che è il patrimonio, e che essi non perdono in seguito alla costituzione della garanzia particolare. Punto ch'è stato dichiarato sufficientemente nello studiare la entità della garanzia reale, ed i rapporti fra essa e la cosa che vi soggetta, ed il patrimonio nel quale questa è contenuta (v. il cap. II). E s'avverta ora qui, che per questa relazione, onde rimane specializzata la garanzia generale, senza che ne avvenga l'estinzione, il concorso dei creditori ipotecari come chirografari, è possibile sul patrimonio dell'obbligato, non del terzo cui appartenesse la cosa data in sicurtà; qui la figura dell'istituto è esclusivamente la garanzia (cap. cit.).

Digitized by Google

monio mobiliare, ma soltanto sopra una cosa speciale, conservata così al diritto dei creditori, il privilegio si deve esperire sul valore di essa, non sul patrimonio mobiliare intero. Dottrina generalmente affermata (1), malgrado si possa dubitare ragionevolmente della sua esattezza. Perchè, sebbene la spesa sia sostenuta rispetto ad una cosa, si deve badare all'effetto che ne deriva rispetto al patrimonio, del quale viene accresciuta la potenzialità assicuratrice, come garanzia generale dei creditori; l'atto del creditore si riflette su questo insieme, si riferisce a questa specie di universalità, e, in conseguenza gli spetta il rimborso sul valore che se ne otterrà mediante la vendita. Vero è, che, considerato l'*aumento della forza di garanzia*, parrebbe giusto restringere il privilegio all'*aumento* ottenuto con la spesa da rimborsare, tenendo così una risoluzione, la quale, eccettuatane la costruzione diversa, risponde nell'effetto con quella accennata di sopra; ma nè lo spirito, nè la lettera della legge autorizzano ad accoglierla. Non lo spirito, perchè se la spesa si riferisce alla conservazione, alla realizzazione della garanzia generale, qualunque atto abbia avuto questo fine, dev'essere considerato in relazione alla garanzia stessa, senza distinguere la capacità ch'esso ha; non la lettera, la quale, dati i criteri per valutare l'atto rispetto alla *utilità* recata effettivamente al patrimonio (utilità oggettiva), non distingue altro. La conservazione si riferisce al patrimonio mobiliare, e se ben si osserva, non è giusto dire di *aumento*, perchè conservare non è accrescere, ma è tenere la potenzialità del patrimonio entro quei limiti che dagli atti del debitore e di altri non possono aver lesione rispetto ai creditori; non s'introduce nel patrimonio un elemento nuovo: si esercita una forza che vi è già contenuta. Così, se il creditore istituisce l'azione revocatoria, non accresce il patrimonio, e mette in opera una forza contenuta nel rapporto patrimoniale dei creditori, a fin di *conservare* la entità del patrimonio, secondo è diritto dei creditori; e l'atto è espressione di un rapporto che si riferisce alla universalità dei beni, non alla cosa che è oggetto dell'atto revocato. Nè rileva obbiettare, esser l'esempio mal scelto, perchè l'azione revocatoria profitta non a tutti i creditori, sibbene al solo creditore dal quale è stata instituita; la limitazione non è

(1) Pont, op. cit., I, 68; Aubry et Rau, op. cit., § 240, 1°; Thézard, op. cit., n. 373. Cass. fr. 28 luglio 1848 (*J. du Pal.* chr.).

Digitized by Google

esatta (1), come si dirà in seguito (2), e può dimostrarlo quanto si è ora avvertito sull'esercizio della funzione del patrimonio, considerato quale garanzia comune ai creditori.

Col criterio propugnato, si ottiene un risultato che, indirettamente, concorre a mostrarne la dirittura: rimane ben distinto questo privilegio (*utilità oggettiva*, ed effettiva, *generale*) dal privilegio su cosa mobile speciale (*utilità oggettiva*, ed effettiva, *speciale*), derivante in parte dalla ragion del pegno (3). Può tuttavia accadere, che il privilegio sia esercitato sul valore di una parte dei mobili, o un mobile speciale, se l'altra parte o gli altri mobili son già caduti nella procedura di esecuzione, e il prezzo è stato già distribuito fra i creditori: s'intende, che rispetto ad essi è esaurito, perchè compiuto, il rapporto patrimoniale dipendente dal diritto di credito.

83. Nella dichiarazione del concetto di *utilità oggettiva,* s'è detto sempre di patrimonio mobiliare generale: ma tenendo conto della utilità stessa, e dei creditori che se ne avvantaggiano *immediatamente*, è necessario detrarne i mobili sui quali esiste un privilegio speciale, derivante direttamente o indirettamente del pegno. Non perchè questi mobili non facciano parte del patrimonio mobiliare del debitore, ma perchè rispetto ai creditori privilegiati costituiscono, per la ragion del pegno, una specie di patrimonio particolare, su cui può essere esercitato specialmente il diritto di sicurtà: si debbono considerare come patrimonio distinto, per il *fine della garanzia*.

Dalla qual dichiarazione, si può inferire facilmente qual sia il significato della *utilità soggettiva:* essa esiste rispetto a tutti quei creditori, che hanno la ragion di garanzia sul patrimonio del debitore, soltanto in conseguenza dell'obbligazione: ai quali spetta cioè la garanzia generale, od *impropria* che dir si voglia. Ma quando a favore di alcuni fra di essi, la garanzia è specializzata, in conseguenza del pegno sopra *una cosa* mobile, o di un privilegio

---

(1) Cfr. CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 308; ma v. più avanti il n. 199.

(2) La discussione su questo argomento sarà tenuta nel fare il raffronto dell'entità della garanzia reale ad altri istituti, dove pure esistendo il concetto della garanzia in genere, manca al tutto la figura della sicurtà reale.

(3) Cod. civ., a. 1958, 7°. *Quid* se la cosa mobile conservata fosse un credito? La questione è sorta nell'interpretazione della legge su questo privilegio speciale; e verrà svolta a suo luogo.

Digitized by Google

alla esistenza del quale conferisca la ragion del pegno, rispetto a questi creditori, specialmente (e veramente) garantiti, vien meno il concetto di *utilità soggettiva*; la spesa che altri facesse per la conservazione delle cose particolarmente obbligate, potrebbe dar causa ad altro privilegio *speciale*, non al generale, che si riferisce al patrimonio mobiliare, considerato come *garanzia* contenuta in genere nel rapporto di obbligazione (1).

Potrebbe darvi causa in una sola ipotesi: quando sulla stessa cosa soggetta a garanzia (vera) speciale, direttamente col pegno, oppure indirettamente per ragion del privilegio dove fosse contenuto l'elemento del pegno (2), più creditori avessero un rapporto di sicurtà; rispetto ad essi la cosa, o le cose specialmente *obbligate*, costituiscono un patrimonio particolare a fin di garanzia, e perciò le spese di conservazione e di esecuzione sopportate da uno fra di essi dànno causa allo stesso privilegio attribuito per le spese fatte in utilità del patrimonio generale. La ragion del privilegio è la stessa; la diversità consiste nella diversa considerazione del patrimonio rispetto al quale si esplica, e quindi dei creditori rispetto ai quali il patrimonio è diversamente considerato.

84. La nozione esposta della utilità *soggettiva*, dev'essere intesa nel senso della utilità *immediata* che può derivare ai creditori, cui spetta il diritto di concorrere sul prezzo ricavato dalla vendita dei mobili: s'intende perciò, che esiste *mediatamente* rispetto ai creditori che hanno una garanzia mobiliare speciale. Quindi, se questi rinunciassero alla sicurtà particolare, o liquidata che l'avessero, intendessero concorrere per il residuo sulla somma ricavata dalla vendita degli altri mobili costituenti la garanzia generale, sopportano, concorrendo come chirografari, il privilegio delle spese fatte

(1) Su questo punto la dottrina e la giurisprudenza sono concordi. MERLIN, *Rép.* v° *Privil.*, s. III, § 1, n. 2; DURANTON, op. cit., XXIX, n.; AUBRY e RAU, op. cit., § 260, 1° in f.; LAURENT, op. cit. XXIX, a. 328; MARTOU, op. cit., II, 321 e segg.: TROPLONG, op. cit., I, s. l'a. 2101, n. 130; PONT, op. cit., I, s. l'a. 2101, n. 67. Ma non si distinguono i casi in cui la presenza del pegno opera, direttamente od indirettamente, sulla entità dell'istituto, in modo che la cosa costituisca una parte di patrimonio soggetta esclusivamente al privilegio, e quindi all'azione (garanzia) del creditore; ed i casi nei quali la figura del pegno opera meno efficacemente, come avviene nel privilegio del locatore, che pure è l'esempio, del quale gli autori si valgono generalmente. V. il n. 85.

(2) V. su questa distinzione il pres. cap., § 1.

Digitized by Google

nell'interesse di tal *garanzia*; parimenti, se i chirografari concorrono sul residuo della somma ricavata dalla garanzia speciale, sopportano il privilegio per le spese fatte dal creditore speciale privilegiato, perchè questo residuo rientra nel patrimonio-garanzia generale, dal quale la cosa era stata distratta per il fine della sicurtà particolare.

Una difficoltà, apparentemente grave, potrebbe essere mossa contro la costruzione esposta della utilità oggettiva e soggettiva: e si riferisce all'aver limitato la nozione del patrimonio che costituisce una garanzia speciale di certi crediti, a quei casi in cui è racchiusa, direttamente oppure indirettamente, la ragion del pegno; s'è avvertito, che vi ha privilegi sul valore di determinati mobili, la esistenza dei quali si rannoda immediatamente al concetto della ipoteca, e quando non si chiarisca come non siano compresi nel concetto ora esposto, questo non ha la certezza necessaria. Così avviene nell'ipotesi del privilegio speciale conceduto al locatore: la dottrina insegna, che il privilegio per le spese non gli si può opporre, quando egli non voglia concorrere sul prezzo delle altre cose cui si riferisce la spesa sopportata, perchè da questa non ricava utilità veruna; la risoluzione è corretta: ma si può accoglierla con la costruzione qui proposta, e la limitazione affermata?

Certamente. Anche se il privilegio richiede il concorso dei due elementi, utilità oggettiva e soggettiva, non si può dire che in tal caso s'avveri; non si può negare che s'ha una parte del patrimonio costituente una garanzia particolare, e ben lo dimostra la ragione storica dell'istituto, onde la necessità di comprendere nella locuzione di *ragione del privilegio che deriva indirettamente dalla nozione del pegno*, quei privilegi nei quali questa considerazione ha rispetto al diritto odierno una importanza al tutto storica. E fra i due casi la differenza è grande; perchè in quest'ultimo, la *separazione*, la *distinzione* della parte di patrimonio sul valore del quale si può esercitare il privilegio speciale, esiste rispetto ai privilegi generali, quando la spesa fatta si riferisce alle cose che non vi fossero comprese; e cessa quando si riferisce a cose che vi son contenute. Ossia, qui la distinzione non toglie che le cose non facciano parte del patrimonio che è garanzia comune dei creditori, e perciò si ha il diritto di comprenderle nella esecuzione forzata, salva la ragion del privilegio speciale: cosicchè, se il creditore al

Digitized by Google

quale questo appartiene, od altro chirografario, facesse spese di conservazione, o di esecuzione su di esse, il suo credito per tale titolo sarebbe privilegiato. La cosa, sebbene oggetto di privilegio speciale, è sempre contenuta nella garanzia generale, e i creditori tutti possono procedere esecutivamente su di essa; ma per il creditore che ha il privilegio speciale, costituisce sempre una parte di patrimonio destinata per il soddisfacimento del suo credito: perciò le spese di conservazione o di esecuzione fatte sulle altre cose, non lo concernono, se vuol restringere la *garanzia generale* a quelle che cadono nel suo privilegio. La separazione è dunque ristretta in termini esiguissimi; invece, dove la figura del pegno non è semplicemente una ragione storica del privilegio, ma è elemento che direttamente o indirettamente contribuisce a costituirne la entità, la separazione è così netta, che niun privilegio generale può menomarne la virtù; anche se il creditore sopportasse le spese per quelle cose che vi fossero comprese, il privilegio generale non gli competerebbe, perchè il privilegio speciale manifesta il diritto di pegno effettivamente costituito, o contiene almeno la nozione del pegno. Quindi la distinzione fra la garanzia in genere, e quella particolare: che è garanzia propria (1).

§ 2.

b) *Il privilegio per le spese funerarie.*

Sommario. — **85-86.** Fondamento di questo privilegio, e termini essenziali a costituirlo. — **87.** A chi compete. — **88.** Per quali spese: e come non si debbano comprendere nelle spese privilegiate, quelle sostenute per provvedere i vestimenti di lutto. — **89.** Limiti, nei quali si deve giustamente intendere la spesa per la quale è dato il privilegio.

85. La ragion del privilegio generale, attribuito dalla legge per il credito delle spese funebri sopportate da chi non vi fosse tenuto per legge o per virtù del testamento, consiste tutta nella pietà verso i defunti, e nella cura dell'igiene pubblica. La pietà consiglia che si rendano gli estremi officii ai trapassati: l'igiene esige che si dia sepoltura al cadavere, perchè i germi che si sviluppano dalla

(1) Con questa ricerca è risoluta la difficoltà accennata nella n. 7 al n. 83: ed ha il necessario compimento la costruzione proposta.

Digitized by Google

corruzione non ledano la salute dei vivi. Perciò, la dottrina romana attribuì al credito nato da queste spese, il maggiore dei *privilegia exigendi*, dichiarando che *impensa funeris omne creditum solent praecedere* (1); e parve affermazione contraddicente ai principii che disciplinavano la materia del privilegio e della ipoteca, perchè la generalità dei termini in cui era contenuto il privilegio, non consentiva la restrizione della opponibilità sua ai creditori ipotecari. Tant'è, che la scuola era divisa su questo punto in due pareri opposti; alcuni fra i dottori, argomentando non dalla ragion del privilegio, ma dal concetto del privilegio in generale, insegnavano che si potesse opporre soltanto ai creditori chirografari (2); altri argomentavano, con miglior discernimento, dalle considerazioni particolari a questa figura di privilegio, e ne affermavano la efficacia generale, rispetto cioè a tutti i creditori (3); qualcuno poi, insegnava una dottrina intermedia, e togliendo le mosse dalla decisione accolta sulla estensione del privilegio conceduto alla ipoteca per la dote, distingueva secondo il privilegio si opponesse a creditori con ipoteca tacita o con ipoteca espressa, dandogli virtù nel primo caso, negandola nel secondo (4). Dalla scuola italiana la disputa passò nella francese; e così fra i dottori come fra i pratici (5), non mancò chi argomentando dalla ragion del privilegio, insegnava la restrizione o la dottrina intermedia esposta; ma dappertutto la opinione comune respinse ogni limitazione, traendone motivo dalla entità speciale dell'istituto, sebbene, per porre in accordo la decisione con la nozione ricevuta del privilegio *reale*, si dichiarasse la virtù sua contro la ipoteca, come se contenesse una ragione ipotecaria (6).

---

(1) L. 45. *D. de Relig.* (XI, 7): « *ne insepulta iaceant cadavera* ».

(2) DONELL., *De privil. cred.*, § 16, 18 (Opera, ed. cit. XIV, p. 44); ARG., BACHOV., op. cit. IV, 12, n. 3 pr.; VANDERAN., op. cit. c. 3 (ed. cit.), pag. 769.

(3) BARTOL., a. L. 45 *D.* cit.

(4) NEGUSANT., op. cit., p. 5, n. 2, n. 28; VAUDERAN., l. cit.

(5) V. in GUJET, *Tr. des criées* (ed. Par., 1616), p. 2, c. 3, alcune decisioni del Parlamento di Parigi; ma è da osservare, che la ragion di decidere la inferiorità del privilegio, può esser fatta consistere nel *pignoramento*, inducente una prevenzione, che nel diritto francese dava nascita a prelazione, quasi derivante da rapporto reale. Di questo istituto si dirà nel ricercare l'origine della ipoteca giudiziale odierna. Cfr. BRODEAU s. LOUET (in BASNAGE, op. cit., c. XIV, p. 62). V. TROPLONG, op. cit. su l'art. 2101, n. 139, 140.

(6) BASNAGE, op. cit., cap. XIV, p. 62.

Digitized by Google

La quale decisione era corretta di fronte ai principî; perchè, se il privilegio, per natura sua, non dava un diritto sulla cosa, non poteva valere contro il rapporto di ipoteca; ma la stessa causa del privilegio, che è il maggior favore attribuito dalla legge a certi crediti, mostra pure come non vi sia contraddizione nel fatto che il legislatore reputi una causa talmente degna di considerazione, da doverne seguire al credito la preferenza su tutti gli altri, ancorchè ipotecari. La legge italiana, che attinse la nozione del privilegio (o almeno vi ritornò in gran parte) alla dottrina romana, si attenne ai principî generali, e non ne seguì la dottrina particolare a questa causa di prelazione; intenta forse a liberarsi dal concetto del *privilegio reale,* la classificò fra i privilegi generali, non opponibili ai creditori i quali abbiano un rapporto di garanzia *propria* (pegno o ipoteca), su cosa determinata spettante al debitore (1).

La *causa* ond'è determinato il privilegio (religione verso i defunti; igiene privata e pubblica), dichiara qual'è il credito che gode di tal favore; la spesa sopportata per il seppellimento del cadavere (2). Le ragioni esposte non si possono riferire direttamente ad altro fatto; la legge romana col dire di *sumptus funeris,* e la legge odierna che dice di *spese funebri,* non lasciano dubbio sulla vera entità della causa (3).

86. Il privilegio, conforme alla natura giuridica sua, inerisce al credito, e perciò lo segue presso chiunque lo eserciti a nome proprio, in qualità di cessionario, o pure lo faccia valere come contenuto nel patrimonio del suo debitore: basta che il *credito* esista: e s'intende, che la spesa fatta per solo animo di pietà, di amicizia verso il defunto, per ispirito cioè di liberalità, non dà diritto al rimborso (4). Questo animo di liberalità non si presume, e dev'essere accertato con fatti (fossero pure semplici presunzioni) che lo dimostrino: se la prova non fosse data, s'ha il diritto di credito,

---

(1) Cod. civ. a. 1956, 2. Il raffronto alle leggi straniere e a quelle che vigevano nella penisola anteriormente alla unificazione legislativa, sarà fatto in seguito, nell'esaminare quale sia la estensione oggettiva del privilegio.

(2) V. il n. 87.

(3) L. cit. *D. de Relig.*

(4) VANDERAN., op. cit., p. 763 in f.

Digitized by Google

a scopo di ottenere il ricupero della spesa funebre, con privilegio, sul patrimonio del defunto (1).

La spesa funeraria, può anche dar nascita a relazione giuridica fra chi l'ha sopportata, e la *persona* ch'era obbligata a farla; in quest'ipotesi, il rapporto ha luogo soltanto col patrimonio dell'obbligato (2). Quale sarà la natura sua? conterrà il mandato? la gestione d'affari? o la *versio in rem*, giusta la nozione che la pratica e poi la dottrina odierna le hanno attribuito? Le prime due figure possono occorrere senza dar luogo a difficoltà: in ambi casi non si può dire che l'obbligato non abbia compiuto al dover suo, ma lo ha fatto per mezzo di un rappresentante con poteri limitati a questo fatto particolare. Nella terza ipotesi, se cioè l'obbligato non si fosse curato di far quel che doveva, e altri vi provveda indottovi da considerazione di pietà o d'igiene, senza che intenda con ciò di far atto di liberalità; se mancano gli elementi costitutivi della gestione d'affari, si avrà la *versio in rem*, quale contenuto giuridico del rapporto?

Le cose esposte su questo argomento bastano a rispondere affer-

---

(1) L. 45 cit. La spesa funeraria è dedotta dal patrimonio del defunto: e rispetto a questi beni è limitata la prelazione ordinata nella legge. Perciò si ha, se l'erede avesse rinunciato alla successione, o la eredità fosse giacente, o se l'accettazione fosse seguìta con benefizio d'inventario, oppure fosse stata chiesta la separazione del patrimonio; altrimenti, se la ragion di credito si dovesse esperimentare contro l'erede, sul patrimonio suo (anche avvenuta la confusione con l'ereditario) non s'ha il privilegio.

(2) A chi spetta questa obbligazione? Argomentando strettamente dal carattere privilegiato della spesa funeraria, con cui si manifesta la necessità giuridica che il primo debito da estinguere sul patrimonio *liquidato* (le spese di giustizia si riferiscono alla liquidazione), sia la sepoltura del defunto cui apparteneva, s'intende come la obbligazione sia a carico dell'erede o degli eredi (Cons. VANDERAN., op. cit., p. 750). Altra è la questione (estranea a questo argomento) del diritto di regolare i funerali: che dev'essere decisa anzitutto col criterio del *rispetto* alla *volontà* del disponente (V. L. fr. 15-18 nov. 1887, art. 2, § 3) ordinata nel testamento (V. App. Tolosa 3 dic. 1889, in *J. du Pal.*, 1890, 1, 890), Orléans, 22 marzo 1889 in *J. du Pal.*, 1889, 1, 253; per la signoria che ognuno ha del proprio corpo (V. CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 22); e in difetto, secondo i criteri dati dal rapporto di famiglia. Il diritto è attribuito a quelle persone con le quali sia più intimo il vincolo famigliare; si deve cioè considerarlo anzitutto nella famiglia costituita dal defunto, e poi nella estensione sua, e nella famiglia alla quale si connette. Così non par dubbio, che il diritto a regolare i funerali spetti al coniuge: e poi ai discendenti; in mancanza, agli ascendenti, e mancando pur questi agli altri parenti (V. App. di Tolosa 3 dic. 1889 cit.).

Digitized by Google

mativamente. Che se poi si volesse ammettere la figura della *gestione di affari oggettiva,* il rapporto esaminato potrebbe darne esempio; e potrebbe darlo parimenti della figura di gestion di affari contro la volontà del *dominus negotii,* poichè il fondamento del credito dedotto dalla igiene, s'avvicina assai al concetto che determina la possibilità eccezionale di questo negozio, che è la necessità, la utilità pubblica del fatto (1). Pure, nella storia della legge italiana non vi ha elemento che autorizzi tale costruzione, e al difetto ben provvede il concetto della *versio in rem,* intesa, com'è, latamente.

87. Il privilegio compete soltanto a chi avesse provveduto direttamente alla sepoltura, non anche a chi avesse somministrato i denari occorrenti alla persona che vi era obbligata; quando nel fatto di dare i mezzi necessari non si vogliano scorgere gli elementi di un rapporto per cui il mutuante intendesse di provvedere egli al funerale, valendosi di chi vi era obbligato per adempiervi. Parrebbe, e così diffatti è parso ad interpreti autorevoli (2), che la ragion del favore non sia tolta o menomata, purchè si faccia constare che il denaro è stato dato per pagare, o concorrere a pagare le spese funebri, e che effettivamente è servito a tal fine; e che dove manchi tal prova, non sia accertato l'elemento onde trae vita il privilegio, potendosi dubitare se l'obbligato abbia fatto servire la somma al fine per cui gli era stata fornita. Si dice cioè, che il *fine* dev'esistere così nel *prestito* della somma, come nella *spesa;* e quando è accertato con questo doppio carattere, la ragion del privilegio non può essere contrastata.

La qual teoria non pare sia gran fatto corretta, perchè l'obbligato a provvedere al funerale ha compiuto al suo debito; e se lo ha fatto coi denari altrui, il mutuante è creditore verso di lui della somma mutuata, nè si può tener conto del motivo dedotto dal fine. Vero è, che il creditore può, se l'obbligato avesse diritto di rimborso (che è privilegiato), valersi del privilegio connesso al credito del suo debitore, ma negli altri casi la prelazione non gli spetta.

(1) V. Cod. fed. svizzero, a. 472; Prog. del Cod. civ. germ., § 755, ed i *Motivi* su questo §. V. pure gli Aut. cit. nella n. 2 a pag. 163.

(2) Cons. PERSIL, op. cit. su l'art. 2101, § 2, n. 3. La dottrina è generalmente contraria a questa risoluzione, e argomento dallo scopo del credito; ma non pare che il ragionamento condotto così, tolga valore alla costruzione fatta nel testo.

Digitized by Google

Se poi il mutuo fosse fatto non a chi è direttamente obbligato a provvedere al funerale, ma ad un terzo, è necessario ricercare se questi ha qualità di rappresentarlo; in tal caso il credito fatto a lui si ritiene, per la ragion del mandato speciale, come fatto all'obbligato; o non è rappresentante, e allora il credito si riterrà come fatto direttamente a lui, che provvedendo alla spesa del funerale, ha il credito privilegiato: e questo può essere esercitato dal mutuante, in qualità di creditore (1).

88. L'entità del privilegio, dedotta dal suo svolgimento storico, mostra che si son comprese soltanto le spese sostenute per dare *sepoltura* al defunto; ossia, le spese di veglia al cadavere, di trasporto (sian di culto o d'altra ragione), e quelle di inumazione: non vi comprende perciò le spese fatte per provvedere le vesti di lutto alla moglie del defunto, ai figli, od ai domestici. Nell'antica giurisprudenza francese era molto controverso se il privilegio si estendesse alle spese della veste di lutto per la vedova, e le due opposte dottrine erano sostenute da interpreti autorevoli (2); ma il fondamento dell'istituto, ch'esige la distinzione delle *spese di sepoltura* dalle *spese di lutto*, persuase il legislatore francese e l'italiano a restringere il privilegio soltanto a quelle (3). Forse alla contraria risoluzione contribuì la norma ricevuta sull'obbligo dell'erede di provvedere le vesti di lutto alla vedova dotata (4), ma diversa è la ragione dei due rapporti di credito, nè i privilegî si possono estendere in modo che la interpretazione ne crei più di quanto il legislatore volle; la storia della legge italiana offre poi considerazioni speciali che giustificano la decisione esposta. Perchè l'editto del 16 luglio 1822, e il Codice sardo (5) davano espressa-

(1) Cod. civ. a. 1252.

(2) POTHIER, *Tr. de la Communauté*, n. 678; cfr. BASNAGE, op. cit. cap. IX, p. 18.

(3) Così, MERLIN, *Rép.* v° *Deuil*, § 2, n. 8; GRENIER, op. cit. II, n. 301; TROPLONG, l. cit., n. 136; THÉZARD., op. cit., n. 374; AUBRY et RAU, op. cit., § 260, 2°; LAURENT, op. cit. XXIX, n. 358. Cfr. PERSIL, op. cit. a. 2101, n. 4; PONT, l. cit., p. 73; DURANTON, op. cit. XIX, n. 48.

(4) Cod. civ., a. 1485; C. civ. fr., a. 1570. V. THÉZARD, op. cit., n. 374.

(5) L'art. 2 dell'Editto dava privilegio per la somministrazione degli alimenti e delle vesti alla moglie nell'anno del lutto: l'art. 2156 del Cod. sardo affermava questa prelazione, restringendola alle vesti *indispensabili* da lutto della vedova. V. PASTORE,

Digitized by Google

mente il privilegio anche per le vesti dell'anno di lutto, ma l'italiano (1) lo restrinse alle *impensa funeris:* nè rileva se vi son considerate le spese necessarie *secondo gli usi*, perchè il dubbio che dove gli usi richiedessero la presenza della vedova (o dei figli o dei domestici) al corteggio funebre del defunto, le spese per le vesti di lutto si debbano porre fra le funebri privilegiate, è tolto dalla considerazione che qui si contiene un criterio relativo alla *quantità* delle spese, pure stando immutata la distinzione della spesa *funebre* da quella occorsa per il *lutto* (2).

Se la distinzione suesposta è conforme al fondamento del privilegio, sarà egual cosa dell'altra che si volesse fare rispetto alla *famiglia* del debitore? La legge romana dichiara che il privilegio è conceduto alla spesa funeraria, anche se questa non è fatta per il debitore sui beni del quale s'apre il concorso (3), e determina con chiarezza quando ciò avvenga; dalle risoluzioni speciali si può dedurre, che la ripetizione era privilegiata, se il debitore era *obbligato* a sopportare la spesa funeraria. Non è che si dubiti della esistenza del privilegio dipendente dalla qualità della spesa: la difficoltà sta in decidere quando compete la ripetizione privilegiata sui *beni* del debitore, come se la spesa fosse fatta per i funerali di lui: perchè, se il debitore avesse mandato ad altri di provvedere alla sepoltura senza ch'egli vi fosse obbligato, il terzo avrà verso il patrimonio del debitore il rapporto derivante dal mandato, e al debitore mandante spetterà la ripetizione con privilegio contro il patrimonio del defunto: e se il terzo avesse speso credendo che il debitore fosse obbligato a far la spesa, questa ripetizione gli è data direttamente. La questione sta tutta nel sapere, se nel caso di un debitore, sui beni del quale è aperto il concorso dei creditori, e che era obbligato a sopportare

---

op. cit. sull'art. 2156; v. pure il *Manuale forense* (Torino, 1843), vol. IX, sull'art. 2156, p. 27, 28. E sull'Editto, cons. REGIS, *Sist. ipotec. piemont.* (Torino, 1822), I, p. 29, 30, che ricorda in nota (p. 29) una sentenza dell'11 sett. 1767, notevole per intendere i precedenti storici della legge.

(1) Cod. civ., art. 1956, 2. Cfr. tuttavia il Cod. civ. portoghese (art. 854, 1°) e il Cod. civ. della Repubbl. argentina (art. 3880 1°), che concedono il privilegio per la somministrazione delle vesti di lutto della vedova e dei figli del defunto; e il fondamento di tal risoluzione è, che tali spese van fatte necessariamente, secondo la consuetudine, in conseguenza della morte del capo della famiglia (V. DIAS-JERREIRO, op. cit. sull'art. 884, 1°).

(2) Su questo criterio v. appresso il n. 88.

(3) L. 17 D. *de reb. auct. j. poss.* (XLII, 5).

Digitized by Google

la spesa funebre, il terzo, che vi ha provveduto senza averne mandato da lui, abbia ragione di credito verso il suo patrimonio col benefizio del privilegio.

La dottrina odierna dà su questo argomento notizie che non paiono corrette: s'insegna, che il privilegio soccorre il rimborso della spesa sopportata per il funerale dei figli del debitore, o dei parenti prossimi conviventi con lui, purchè non abbiano lasciato beni sui quali esperimentare l'azione funeraria: altrimenti, secondo la regola generale, la spesa funebre si dovrebbe dedurre immediatamente dal patrimonio del defunto (1). La risoluzione non è ben fondata; o si bada al fatto della convivenza, e si può facilmente avvertire che questa non genera per sè l'obbligo di sopportare la spesa funebre; e la circostanza che il defunto abbia lasciato dei beni, non può impedire che il rimborso della spesa funeraria si domandi alla persona obbligata a sostenerla. Se la obbligazione vi è, riesce indifferente che il defunto abbia o no lasciati beni. Cosicchè, la indagine dev'essere vôlta unicamente a ricercare, se esiste la obbligazione di sopportare la spesa funebre per ragion di famiglia, come potrebbe avvenire per i figli in potestà, parendo giusto che il genitore, il quale deve provvedere al sostentamento ed alla educazione dei figli viventi, non debba essere dispensato dal rifiutare, morti che siano, gli estremi ufficî al cadavere; o per ragion di eredità. Quando esistesse questa ultima causa, non sarebbe giusto distinguere secondo che il defunto sia parente del debitore, o gli sia estraneo: l'obbligazione della spesa funebre pesa su di esso, e perciò il diritto di chi l'ha anticipata, ad averne il rimborso con privilegio dal debitore, ovvero da lui e dagli altri ai quali fosse comune la causa di tale obbligazione. E parrebbe che non dovesse badarsi alla circostanza avvertita dell'aver il defunto lasciato beni: nel diritto odierno, la persona del *de cuius* ha continuazione giuridica immediata nell'erede, nel quale si trasmettono tutte le ragioni patrimoniali dell'autore, nè rileva se in questo patrimonio esistono effettivamente beni; perciò il rimborso della spesa funeraria fatta da un terzo dovrebb'essere domandato a lui, che ha la qualità ereditaria [almeno presunta (2)] senza che

(1) L. 45 D. *de relig.* (XI, 7). *Impensa funeris semper ex hereditate deducitur.* Cons. specialmente VALETTE, *Tr. des privil. et hypoth.* (1e p., Paris, 1846), n. 26; AUBRY et RAU, op. cit., § 260, 2° in f.

(2) V. su ciò CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 439.

Digitized by Google

occorra alcun atto speciale di investitura del titolo, o del titolo e del possesso (1).

Tutta questa costruzione accusa una debolezza assai grave, la cui ragione prima è la impossibilità di affermare l'esistenza del privilegio, dove la legge non l'abbia ordinato manifestamente. Nè si può dire che qui s'abbia in conseguenza della corretta interpretazione di essa: perchè la incertezza dei termini sui quali è fondata la teoria, dichiara che l'estensione del privilegio non è qui voluta dalla legge. La *convivenza* non è termine sicuro; la ragione famigliare è più definita, ma non sufficientemente, e lascia l'ampiezza della prelazione in balia dell'interprete; il criterio della *obbligazione* di provvedere alle spese funerarie altrui, non è meglio accoglibile, perchè questo vincolo può dar diritto al terzo che ha fatto le spese, di ripeterle dall'obbligato, ma sul suo patrimonio non si può accampare la ragion della prelazione; se però l'obbligato è erede, l'azione contro di lui come rappresentante le ragioni patrimoniali del *de cuius* non inducono la prelazione sul suo patrimonio personale, e il terzo creditore delle spese conserva il privilegio sull'asse ereditario chiedendone la separazione; finalmente, dire che il privilegio esiste secondo che le persone per cui la spesa funeraria è stata fatta, abbiano lasciato beni, è portare al sommo la incertezza della costruzione. Da che dunque dipendono la esistenza della obbligazione e del privilegio connesso al credito corrispondente? La obbligazione del capo della famiglia sarebbe soltanto *sussidiaria*? E allora, come il *privilegio* può conservare efficacia contro di lui?

Si è pure osservato, che il motivo del privilegio è tale da esserne giustificata la estensione nel modo suesposto: il sentimento di pietà e le esigenze della igiene pubblica, son motivi tali da potersi bene invocare ancor quando la spesa non sia fatta per il funerale del debitore (2). Ma quando si ammettesse questa giustificazione, il privilegio non avrebbe limite, e si dovrebbe concederlo a chi avesse speso per il funerale di qualunque persona convivesse col debitore; e tanta estensione è contraria alla entità giuridica dell'istituto. La storia della legge, e il riavvicinamento di essa ai criteri che governano

(1) CHIRONI, l. cit. e Aut. che cita. Cod. civ., a.

(2) AUBRY et RAU, l. cit. Cfr. PERSIL, op. cit. s. l'art. 2601; LAURENT, op. cit., XXIX, 359.

Digitized by Google

l'istituto della successione a causa di morte, debbono indicare i termini in cui si racchiude il privilegio della spesa funebre (1).

89. Non qualunque spesa sia stata fatta per i funerali, ma soltanto quella necessaria per dare sepellimento al cadavere, è rimborsabile con privilegio: il fondamento, che questo ha, giustifica facilmente la risoluzione, perchè le considerazioni dell'*intuitus pietatis* e della igiene, hanno valore soltanto per quanto occorre alla *inumazione* del defunto; nè sarebbe giusto che la ripetizione di spese fatte per inutile pompa avesse tanto favore da diminuire la garanzia generale che il patrimonio dà ai creditori chirografarî. L'interesse che questi hanno, e l'altro ch'è causa del privilegio, sono posti di accordo col criterio della *necessità*, onde il privilegio ha misura: la prelazione è data alla *causa*, e la spesa è fatta *causa funeris*, quando senza di essa *funus duci non possit* (2). La qual determinazione per se sola è assai generica, perchè richiede la estimazione di quanto occorre assolutamente per fare il funerale; e siccome questo è l'estremo officio reso al defunto, bisogna governarlo secondo la condizione sua (3), nella misura richiesta dall'uso del luogo, dove si fa il funerale. Si hanno quindi due elementi, coi quali si può determinare con esattezza la quantità della spesa: *soggettiva* il primo, perchè si tien conto della qualità, della dignità del defunto: ed il secondo criterio delimita la estensione del primo, perchè l'uso del luogo dichiara quali onori funebri siano *assolutamente necessari* giusta la condizione del defunto.

La legge ha detto soltanto degli usi locali (4), ma questi usi non si possono intendere ragionevolmente che in relazione con la qualità della persona: secondo s'inferisce dai precedenti storici, e specialmente dalle risoluzioni dei dottori, onde fu attinta la teoria della legge francese (5). In questa ricerca bisogna procedere con cautela,

(1) Altrimenti dispone il Cod. civ. spagnuolo (art. 1924, A), che dà prelazione al rimborso della spesa fatta per i funerali della moglie e dei figli del debitore « *constituidos bajo su patria potestad, si non tuviesen benes proprios* ». Il privilegio è ristretto nei confini posti dalla dottrina combattuta nel testo.

(2) L. 14, § 6 D. *de Relig.* cit.

(3) L. 12, § 5 D. *de Relig.* cit.

(4) C. civ., a. 1956, 2°.

(5) V. specialmente POTHIER, *S. la Cout. d'Orléans*, intr. au t. 20, n. 117. L'antico diritto francese (POTHIER, op. e l. cit.: v. pure *Proc. civ.*, p. IV, cap. 2, § II),

Digitized by Google

perchè il concetto dell'*usus regionis* com'era già inteso, ha significato di quantità e qualità della spesa: tant'è, che alcuni scrittori decidevano si dovesse comprendere nella spesa funebre quella occorsa per la veste di lutto del coniuge superstite, quando l'uso del luogo lo richiedesse (1). Secondo la legge italiana non è giusto che s'intenda così il concetto dell'*uso* (2): gli è conservato soltanto il valore quantitativo. E oltrepassata la misura prescritta, chi ha sopportato la spesa non ha per l'eccedenza neppure qualità di credito chirografario: la legge, mossa dal senso di pietà convalida eccezionalmente il diritto di credito nascente per il fatto unilaterale del creditore, e gli dà il privilegio; perciò non soltanto a questo, ma anche al credito, è data esistenza soltanto entro i termini ordinati (3).

tassava in modo uniforme le spese funerarie privilegiate (*de premier ordre*), da quelle ripetibili senza privilegio (*du second ordre*): criterio abbandonato, per seguire quello che fu poi adottato dal codice. Si avvicina a questa pratica antica, la giurisprudenza seguita dalla sentenza del Trib. della Senna 21 febbraio 1881 (*Droit*, 16 févr. 1886), e 24 nov. 1885 (*Droit*, 21 févr. 1886); ma cfr. sulla corretta posizione dei principî, App. Parigi, 9 febbr. 1887 (*J. du Pal.* 1887, 1, 226).

(1) GUJET, op. cit., p. 2, c. 3; e sulla sentenza del Parlamento di Parigi che vi è citata, BASNAGE, op. cit., cap. IX.

(2) S'insegna dalla maggior parte degli interpreti che le spese funerarie privilegiate devono essere determinate in relazione alla qualità e posizione sociale del defunto, escluse tutte quelle non necessarie. PERSIL, op. cit., s. l'art. 2101, n. 2; TROPLOG, op. cit., s. l'art. 2101, n. 135; PONT, op. cit., s. l'art. 2101, n. 72; VALETTE, op. cit., I, n. 26; AUBRY et RAU, op. cit., § 260, 2°; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 357. Cons. App. Parigi, 7 febbr. 1887, cit.; Trib. della Senna, 16 nov. 1889; (*J. du P.*, 1890, I, 237); App. Ginevra, 21 sett. 1885 (*J. du P.*, 1886, 2, 12).

La legge dà a limite della spesa la *necessità* determinata secondo l'*uso* del luogo. Il solo e stretto termine della necessità è ordinato dal Cod. civ. del Chilì, art. 2472, 2°; della Repubbl. dell'Uruguay, art. 2322, 2°; regolano il privilegio secondo l'uso e la condizione sociale del defunto, il Cod. civ. della Rep. del Guatemala, art. 2406, 2°; della Rep. Argentina, art. 3880, 1°, del Portogallo, art. 884, 1°; lo regolano badando all'uso del luogo, il Cod. civ. spagn., art. 1924, B; il Cod. civ. del Messico, art. 2090, 1°; e non dà limite, sebbene s'intenda il termine della necessità, il Cod. civ. del Basso Canadà, art. 1994, 5°.

(3) V. C. di Giust. di Ginevra cit.; Trib. Ginevra, 3 febbr. 1885 (*J. du Pal.*, 1887, 2, 32).

Digitized by Google

§ 3.

Spesa di ultima infermità.

SOMMARIO. — **90.** Quale sia il fondamento di questo privilegio. — **91-92.** In quali termini è ristretto.

90. Il sentimento di pietà che è causa del privilegio accordato alla spesa funeraria, dà pure fondamento al privilegio per le spese d'infermità sopportate da altri, senza che intendesse di fare atto di liberalità verso il defunto; parve che nella triste condizione in cui è il degente, la pietà di chi gli fa credito per le spese d'infermità debba essere sorretta dalla provvidenza della legge, che rende privilegiato il credito, cessata la speranza che il debitore, sopravvivendo alla malattia, possa curarne il soddisfacimento. Perciò i pratici intesero l'*intuitus pietatis* in modo da comprendervi i crediti derivanti dall'assistenza prestata all'infermo, sebbene, volendo ricorrere, per giustificarsi, all'autorità della legge romana, abbiano fondato il privilegio su passi che non dànno su questo punto testimonianza attendibile (1). La considerazione dell'esito letale della infermità, rese degne di egual favore le spese per la cura prestata all'infermo, e quelle avute per il cadavere: parve che la pietà, l'assistenza verso il moribondo non fossero da tenersi in minor conto del sentimento di carità, che si manifesta nel provvedere la spesa del funerale.

Da questo concetto fondamentale si deducono due conseguenze che designano i termini in cui si ristringe il privilegio. La prima è, che le spese si debbono riferire alla malattia onde il debitore morì, alla ultima infermità sua, perchè si deve supporre che avendone guarigione provveda al pagamento dei crediti fattigli a causa della malattia sopportata: tale era l'avviso degli interpreti del diritto consuetudinario francese (2), e l'insegnamento dei dottori che argo-

(1) L. 37 D. *de relig.* cit. Cfr. VOET, *A. Pandect.* (Bassani, 1811), ad h. tit., n. 15 (2, p. 34).

(2) BASNAGE, op. cit., cap. IX: *ce privilège toutefois est restreint aux drogues et médicaments fournis pendant la dernière maladie.* Dottrina affermata dal BRODEAU s. LOUET, che il BASNAGE ricorda, esponendo la questione se privilegio si potesse esperire anche sugli immobili (L. C, sez. XXIX, 4); e giustificata (BRODEAU, l. c.) secondo è detto nel testo. V. pure POTHIER, *Proc. civ.*, l. cit.; s. *la Cout. d'Orl.*, l. cit.

Digitized by Google

mentavano la esistenza del privilegio dalla legge romana (1). Onde la obbiezione mossa a questi ultimi, che il medico avrebbe maggior favore, se per cura insufficiente il malato venisse a morte, di quanto non ha se per beneficio della cura vince la forza del male (2): difficoltà non grave, perchè la considerazione esposta dichiara la ragione della differenza: con la guarigione del malato si deve credere ch'egli curi il soddisfacimento del credito.

La dottrina francese è discorde su questo punto. È insegnato da alcuni dottori (3), che, considerata la egual ragione del privilegio, e la locuzione adoperata dalla legge, in cui, diversamente dal diritto antico, si dice di spese *dell'ultima malattia*, e non *di ultima malattia*, si debba intendere per ultima infermità non soltanto quella onde il debitore morì, ma ancor quella che ha preceduto lo stato di fallimento, o il concorso dei creditori sul suo patrimonio. Ma la locuzione adoperata non giustifica da sola questa risoluzione, contraria alla storia del privilegio; e meno è giustificato il temperamento proposto (4), di tener come ultima malattia quella che al momento della decozione del debitore era così grave da far temere seriamente della vita di esso: non il *pericolo*, ma l'*evento* della morte dichiara quale nel concetto della legge sia l'*ultima infermità*. Per togliere la possibilità di dubbio su questo punto, le leggi civili italiane, anteriori alla legge civile unificata (5), dicevano delle spese

(1) Voet, l. cit.

(2) Voet, l. cit.

(3) Duranton, op. cit., XIX, 64; Colmet de Santerre, op. cit., IX, n. 17 *bis*, I; Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.* (III^e^ éd.), n. 1076; Pont, op. cit., s. l'art. 2101, n. 78; Dubrac, *Traité de jurisprud. médicale et pharmaceut.* (Par., 1882), nn. 286 e segg.; Léchopié et Floquet, *Dr. médical, ou Code des méd. doct.*, p. 234 e segg.; Trib. civ. di Fecamp, 2 sett. 1890; di Narbona, 5 giugno 1891. (*Journ. du Pal.*, 1891, 1, 917). Cfr. Grenier, op. cit., II, 302; Valette, op. cit., I, 27; Aubry et Rau, op. cit., § 261, 3°; Thézard, op. cit., n. 374; Cass. fr., 21 nov. 1864, (*J. du Pal.*, 1865, 38); *Trib. de S. Jean d'Angely*, 1 dic. 1881 (*J. du Pal.*, 1882, 1, 712).

(4) Troplong, op. cit., s. l'art. 2101, n. 137. La citata sent. del Trib. di Narbona (v. n. preced.) rifiutò il privilegio, se un tempo più o meno lungo fosse trascorso dopo la convalescenza, od il fallimento, senza che il creditore domandasse il credito: il ritardo darebbe motivo di presumere aver egli voluto seguire la fede personale del debitore. Risoluzioni arbitrarie entrambe, perchè fissano al privilegio, non esistente nella legge, termini al tutto incerti.

(5) Ed. piemont. 16 luglio 1822, a. 2, 3°, e Regis, op. cit., I, p. 51; C. civ. sardo, a. 2156, 3: e Pastore, op. cit., su q. art.; C. parm., a. 2129; C. est., a. 2123.

Digitized by Google

di ultima infermità: la legge odierna (1) ha inteso di giungere a maggior chiarezza, tralasciando questa locuzione, e dicendo delle *spese d'infermità fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore:* risolvette così due questioni, riferentisi l'una alla ultima infermità, e l'altra alla entità del privilegio nel caso questa infermità fosse cronica.

Vero è, che dall'intendimento di ottenere maggior chiarezza al fatto di averla raggiunta, corre assai; e le espressioni adoperate possono dar luogo a gravi dubbî. Perchè, dove si attendesse soltanto alla lettera, si dovrebbe affermare che la legge non si riferisce ad una infermità determinata, ma a *quelle* che possono affliggere il debitore in un dato periodo di sua vita: la *morte* del debitore vi è considerata non per designare la malattia, ma a fine di precisare il periodo durante il quale hanno privilegio le spese d'infermità, non parendo (secondo la gravità della malattia) giustificabile la speranza che in così breve termine corso tra la guarigione e la morte poi avvenuta, il debitore potesse provvedere al soddisfacimento del credito. Ma il significato così esteso non ha fondamento alcuno nella storia della legge: la quale così sarebbe andata più in là della dottrina, che qualifica come ultima la infermità precedente la decozione del debitore: esista o no questo fatto, siano una o più le infermità, quando fossero avvenute negli ultimi sei mesi di vita del debitore, le spese che vi si riferiscono dovrebbero essere privilegiate. Ora, non è corretto affermare che provvedimento così largo, contraddicente ai termini delle leggi civili anteriori, ed eccedente i termini delle dottrine più favorevoli alla estensione del privilegio, sia stato tolto senza che nei lavori preparatori esista traccia che dichiari questi intendimenti del legislatore.

Il quale ha voluto risolvere un'altra questione, secondo che avean fatto prima alcune delle leggi civili italiane; perchè dove la legge non stabiliva termine, si teneva da alcuni dottori, che, morto il debitore per malattia cronica, le spese avessero il privilegio, qualunque fosse la durata della infermità (2); da altri, che fossero privilegiate sol-

(1) Cod. civ., a. 1956, 3°. Così C. civ. spagn., a. 1924, c; C. civ. port. a. 884, 3°. C. civ. del Mess., a. 2090, 2°; C. civ. dell'Urug., a. 2322, 3°; Cod. civ. del Chili, a. 2472, 2°; C. civ. del Guatemala, a. 2046, 2°; C. civ. del Basso Canadà, a. 1994, 6°. Cfr. Legge ipotecaria Belga, 16 dic. 1851, a. 19, e LAURENT, op. cit., XXIX, 361; C. civ. di Zurigo (1887) art. 1097. C. civ. della Rep. argent., a. 3880, 4°, al. in f.

(2) DURANTON, op. cit., XIX, 54; TROPLONG, op. cit., n. 137.

Digitized by Google

tanto le spese fatte dal termine in cui la malattia si era talmente aggravata, da mostrare prossima la fine dell'infermo (1); e s'insegnava pure che il giudice dovesse decidere *ex æquo et bono* (2). Restrizioni non corrette, perchè se la legge dice di ultima infermità, non si può scomporre questa in diversi periodi secondo la gravità che li può distinguere: si deve pensare soltanto alla malattia ond'è seguita la morte, e quando è accertato il rapporto di causalità, che cioè la morte è seguìta necessariamente per effetto di quella data malattia, non si può contendere spetti a questa la qualificazione di *ultima*, conforme al concetto della legge. Le leggi civili italiane, togliendo il motivo di disputare, dichiaravano non doversi comprendere nelle spese di quelle fatte in termine anteriore di un anno al giorno del decesso (3): la legge unificata, migliorando la locuzione, e riducendo il termine a sei mesi, attribuì il privilegio alle spese d'infermità fatte negli ultimi sei mesi di vita del debitore. Senonchè, col riferire la voce *ultimi* al termine di *sei mesi*, non riprodusse, come facevano le leggi anteriori, la locuzione *ultima infermità*, onde la possibilità dei dubbî esaminati di sopra; e la risoluzione proposta trae conferma dall'avvertire, che le espressioni adoperate contengono non la estensione del privilegio, ma la limitazione di esso nel caso sia la morte avvenuta per malattia cronica.

91. Altra conseguenza che si desume dalla ragione del privilegio, è la designazione delle persone cui si riferisce l'ultima

(1) PERSIL, op. cit., s. l'art. 2101, n. 3; VALETTE, op. cit. I, n. 27; MASSÉ et VERGÉ, s. ZACH., op. cit., § 790, n. 7; AUBRY et RAU, l. cit., t. e n. 18; THÉZARD, l. cit., p. 492. E, secondo l'*Editto ipot. piemont.* cit., v. REGIS, op. cit., I, p. 33. Cons. Trib. di Montdidier, 27 nov. 1884 (*J. du Pal.*, 1886, 1, 346).

(2) DELVINCOURT, *C. de Cod. civil* (V éd., Par., 1834), III, p. 501; MOURLON, *Exam. crit. du Comment. de* TROPL. *s. l. priv. et hypoth.* (Par., 1855), n. 753.

(3) Cod. civ. sardo, art. cit.; il Cod. civ. parm. (art. 2132 in f.), e l'Estense (art. 2126 in f.) erano anche più espliciti: « nel caso di *malattie croniche* non si mettono in tal conto se non quelle dell'anno precedente alla morte ». V. la Legge ipot. belga (art. cit.), ed il Cod. civ. di Zurigo (art. cit.), che limitano le spese ad un anno, ed il Cod. civ. portogh., art. cit., e quello della Rep. Argentina, art. 3880, 2°, che pongono il termine di sei mesi. PONT (op. cit., n. 75) giunge alla risoluzione che limita il privilegio ad un anno, combinando l'art. 2101 del Cod. fr. che non pone questo termine, con la prescrizione contenuta nell'art. 2272: ma si è giustamente osservato (AUBRY et RAU, l. cit.), che non vi è relazione fra il *contenuto* delle due disposizioni. V. pure THÉZARD, n. cit. in f.

Digitized by Google

infermità: se questa avesse colpito un figlio del debitore, obbligato in virtù del vincolo famigliare, a dargli assistenza, le spese sopportate non hanno il favore del privilegio. Come vi contraddice la speranza che il debitore possa pagare le spese della malattia di cui guarì, parimenti vi si oppone la speranza, ancor più fondata, che paghi quando la infermità non ha colpito lui, ma una persona della sua famiglia; e alla causa del privilegio ben corrispondono in questa parte le espressioni adoperate a dichiararla, riferendosi soltanto alle spese d'infermità del *debitore*.

92. La locuzione *spesa d' infermità* è generale, e comprende qualunque spesa di assistenza sia richiesta necessariamente dalla natura della malattia: non basta il semplice rapporto di causalità tra questa e la spesa, ma occorre il criterio della *necessità* (1), che esiste quando senza la spesa non sia possibile un miglioramento nella condizione del malato, o sia possibile un peggioramento. Con questa norma si debbono estimare le spese sopportate, e determinare se siano eccessive, tenuto conto della natura del morbo: e si risolve pure la questione delle spese fatte per soddisfare ad un bisogno immaginario del malato. Quando s' argomentasse strettamente dal criterio della necessità, si dovrebbe decidere che la spesa sostenuta senza essere richiesta da un bisogno *reale*, non ha influenza rispetto all'andamento della malattia, e perciò non è meritevole di privilegio (2); argomentando invece dal solo rapporto di causalità,

(1) Il Cod. civ. parmense (art. 2132), e l'estense (art. 2126) specificano le spese privilegiate: « spese di ultima infermità, s'intendono quelle del medico, del chirurgo, dello speziale e della persona del malato ». V. pure Cod. civ. portogh., art. cit. Ma, senza questa determinazione, e senza neppure s'indichi la qualità di necessarie (C. civ. del Chilì, art. cit.), s'intende come inerente alla ragione e misura della prelazione, che questa comprende soltanto le spese indispensabili per la cura; e tali certo non sono quelle fatte per compera di medicamenti empirici, o compenso ad un sedicente medico (v. THÉZARD, loc. cit.); sotto il qual nome pare si debba porre anche la cura omeopatica, se si avverta che secondo l'opinione più ricevuta, è destituita di fondamento scientifico. La ricerca ed il giudizio su questi punti spettano all'autorità giudiziaria. V. le sent. dei Trib civ. di Narbona e della Senna, cit. nella pag. precedente.

Gli onorari del medico, e le spese de' medicamenti, hanno speciale collocamento nella L. danese dei concorsi 25 marzo 1872, art. 34, 3° (ALEXANDER, *Konkurges.*, Berlin, 1892, p. 38) nella L. german dei concorsi, già cit., art. 54, 3°; nella L. austr. dei concorsi, 25 dic. 1868, art. 21, 3°.

(2) PONT, l. cit.

Digitized by Google

parrebbe giusto affermare che se il bisogno immaginario è prodotto dalla malattia, è effetto dello stato in cui il malato si trova, la spesa sopportata per soddisfarla è spesa di assistenza (1). Alle due risoluzioni si può obbiettare di essere egualmente esagerate, perchè la prima non bada al rapporto di causalità, e l'altra che ne trae argomento di decidere, non lo restringe nei termini della necessità: difatti, a fin d'impedire l'eccesso, si suol darle un limite nella relazione in cui la spesa *dev' essere* coi mezzi patrimoniali del malato. Criterio da respingere al tutto, come estraneo alla ragion del privilegio; se il bisogno, quantunque immaginario, è conseguenza della malattia, è fenomeno derivante da essa, esiste la causa onde ha la prelazione la spesa fatta per soddisfarlo, nè si può restringerla con la limitazione proposta, senza contraddire al concetto che la giustifica.

L'unione dei due criterî risolve nettamente la difficoltà: se il bisogno, non reale, è fenomeno morboso, la spesa fatta per soddisfarlo è spesa di assistenza della malattia, quando, tenuto conto dello stato dell'ammalato, non fosse possibile persuaderlo che quanto a lui sembra necessario, reale, è soltanto effetto di immaginazione, di ragionamento turbato dalla violenza del male; e non riuscendo a persuaderlo, e lasciando insoddisfatto questo che a lui fa bisogno, si può produrre così grave eccitazione, da impedire o sospendere un miglioramento probabile, o già cominciato, o da produrre un peggioramento. Il bisogno non reale per sè, diventa reale rispetto alle conseguenze che possono derivare, se non viene soddisfatto; ma si badi: che non basta, a decidere questo punto fondamentale, la possibilità teorica: lo studio della malattia in cui vennero manifestati questi bisogni, e la condizione fisica del malato, debbono dar lume al perito per affermare se, con la *probabilità* di una crisi dannosa, esista il criterio della *necessità,* onde vien determinata la causa del privilegio.

(1) Persil, l. cit.; Aubry et Rau, l. cit.; Thézard, l. cit.; e rispetto all'*Editto piemont.* cit., Regis, l. cit.

Digitized by Google

§ 4.

Somministrazione di alimenti.

SOMMARIO. — **93.** Fondamento di questo privilegio, e suo contenuto. — **94.** Delle persone cui può esser fatta la somministrazione, con ragione di privilegio verso il debitore. — **95.** Limite e tempo che il privilegio ha: e da quanto si debba computarlo.

93. La causa della prestazione di alimenti è segnalata in varî istituti come assai meritevole di favore (1), perchè l'alimentazione necessaria conserva la esistenza, dà mezzo di esercitare l'attività individuale, e protegge contro i dissennati impulsi che potrebbero spingere alla offesa di altri o della propria persona. L'alimento è la vita; onde il privilegio conceduto a chi, somministrandolo, ha dato al debitore l'assistenza più efficace: e la ragion di umanità lo giustifica, perchè la prelazione persuade a far credito chi altrimenti non lo farebbe, temendo la insolvibilità del debitore (2).

Il privilegio è annesso al credito sôrto dal fatto della *somministrazione di alimenti*: e questo fatto dev'essere causa diretta, immediata del rapporto, perchè sia certa la ragion di umanità, ond'è nato il favore della legge. Se il credito si riferisce ad una somma mutuata per l'acquisto degli alimenti, manca questa certezza, e con essa la ragion del privilegio: oggetto diretto del mutuo è la somma, non il genere alimentario, sebbene il farne acquisto sia *motivo* del rapporto costituito. Altra è la soluzione, se oggetto diretto del mutuo fosse la somministrazione dell'alimento, sebbene il mutuante non avendolo abbia consegnato i denari al mutuatario per l'acquisto del genere: si reputa che dati i denari al chiedente il mutuo, questo come mandatario abbia acquistato il genere che è oggetto del negozio, e i due rapporti (mandato, mutuo) sono compendiati in quello, che *pare* unico, del consegnare i denari per la

(1) Cod. di proc. civ., art. 592.

(2) Cod. civ., a. 1456, 4°. Questa causa del privilegio è nettamente affermata nel BRODEAU s. LOUET, *Comment. s. la Cout. de Paris*, l. C. summ., 9; la giurisprudenza, mancando una espressa disposizione legislativa, era propensa ad estenderlo oltre il credito per gli *alimenti* intesi nel significato proprio, e vi comprendeva in dati casi la mercede dovuta per l'educazione. Cons. TROPLONG, op. cit., s. l'art. 2101, n. 144.

Digitized by Google

compera del genere cadente nel negozio. Quando ciò avvenisse, il credito è fatto direttamente per la somministrazione degli alimenti, e gli è aggiunto il privilegio; come pure s'avverte nell'ipotesi di surrogazione nel credito consentito in origine per tale oggetto (1).

Alimento è il vitto che dà sostentamento al corpo; la legge dà esempio di questa locuzione, intesa in senso così largo da comprendervi anche gli oggetti di vestiario (2), ma qui non si può estenderne il contenuto oltre quanto significa propriamente; da un lato, si ha la necessità che il privilegio non sia esteso oltre i termini fondamentali che lo giustificano; dall'altro, la storia della legge, la quale, diversamente dalle disposizioni accolte nelle leggi anteriori, non adopera la locuzione *spese di sussistenza* (3), e tace delle spese di vestiario (4). La causa di umanità non si può rigorosamente inten-

(1) Su questa efficacia della surrogazione, non può cader dubbio, perchè, secondo si dirà nell'esposizione della teoria del privilegio, dopo le ricerche sulle cause singole di prelazione, la surrogazione convenuta rispetto al credito, avviene pure di necessità rispetto al privilegio che gli è unito. I principî generali sulla modificazione soggettiva nella obbligazione (Cod. civ., art. 1251, CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 266, sono sufficienti a giustificare la risoluzione. E son pure sufficienti a giustificare quella che si riferisce al mutuo; perchè l'intenzione delle parti è volta tutta alla somministrazione degli alimenti in *natura*. Arg. L. 11, *pr. D. de Obl. et Act.* (XLIX, 7).

(2) L. 43-45, 234, § 2 *D. de V. S.* (L. 17); C. civ., a. 846.

(3) C. civ. fr., a. 2101, § 5; Cod. civ. del Chili, art. 2471, 5°; C. civ. dell'Uruguay, art. 2322, 5°. Il Cod. civ. del Basso Canadà (art. 1994, 9°), dà il privilegio ai *fornitori* in genere. Ma la voce *sussistenza* ha un senso meno esteso della voce *alimento?* Lo si afferma: v. specialmente VALETTE, op. cit., I, n. 35. V. la n. seguente.

(4) L'Editto ipot. piemont. cit. (art. 2, n. 6), e così il Cod. civ. sardo (a. cit.), dànno il privilegio per la somministrazione di alimenti (così pure il Cod. civ. parm., art. 2129; in f., 2133); il Cod. civ. est.. art. 2123 in f., 2127), ma estendono espressamente la prelazione anche alla somministrazione degli *indumenti*. Non parrebbe perciò che la voce *alimenti* li possa comprendere; e la dichiarazione espressa che ne è fatta nella legge civile dov'è dichiarato il contenuto del legato alimentario (art. 846), confrontato al silenzio tenuto nella materia del privilegio, confortano questa risoluzione. Il Cod. civ. portogh. (a. 884, 4°); il Cod. civ. del Mess. (a. 2090, 3°) adottano la locuzione di *alimenti*: così pure il Cod. civ. della Rep. Arg. (a. 3880, 4°), ma la giurisprudenza di questo paese intende gli alimenti in senso lato; il Cod. civ. spagn. (art. 1924, *e*), dice espressamente degli indumenti (*en comestibles, vestido, è calzado*). V. in senso conforme alla risoluzione accolta nel testo, VALETTE, loc. cit.; PONT, op. cit. f. l'art. 2091, n. 92; THÉZARD, op. cit., n. 397; DURANTON, op. cit., XIX, n. 97; AUBRY et RAU, op. cit., § 260, 5°; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 371; ma

Digitized by Google

dere come ragione giustificatrice della prelazione, per altra spesa che non si riferisca al vitto, perchè la persona cui vien dato il sostentamento necessario, deve procurarsi da sè quanto altro gli occorre per i bisogni dell'esistenza.

Questo criterio, vale a determinare cosa s'intenda per *alimenti*, e serve pure a dichiarare la quantità degli alimenti cui si riferisce il privilegio: la ragion di umanità non si estende oltre la necessità, e perciò è privilegiata soltanto la somministrazione degli alimenti necessarî; estimandosi tale necessità col tener presente la condizione del debitore al quale è fatta la prestazione, e l'uso del luogo dov'egli è. Il modo tenuto nel determinare la rilevanza di questi due ultimi elementi, dichiara che il concorso di essi non è sufficiente perchè la somministrazione ne rimanga privilegiata, qualunque ne sia il valore; servono a valutare la *necessità*, che non si può estimare assolutamente, ma in rapporto della persona; e l'impiego di essi ben risponde alla causa della prelazione. Il criterio proposto da alcuni dottori (1), che il creditore potesse in buona fede credere necessaria al sostentamento tutta la quantità degli alimenti somministrati, non è accoglibile; il limite del privilegio non dev'essere desunto dalla opinione del creditore, ma dalla ragion della legge, e la buona fede del somministrante, e la possibilità della sua buona fede sono termini affatto estranei a questo concetto (2).

---

questi A. non comprendono nella voce *sussistenza* il solo vitto, e v'includono le spese di illuminazione e di riscaldamento.

Dal concetto esposto si rileva che la somministrazione di libri ed altri oggetti necessari all'istruzione non sono compresi nella voce *alimenti* (arg. C. civ., a. 846 cit.; e neppur vi si possono comprendere gli onorari dovuti ai maestri: PONT, l. cit.; TROPLONG, op. cit., s. l'art. 2101, n. 147; MERLIN argomentava il contrario, fondandosi su di una sentenza (29 dic. 1779) del Parlamento di Parigi (*Répert.*, v. *pension*, § 1). Altrimenti provvede il Cod. civ. portogh. (art. 884 in f.).

(1) AUBRY et RAU, l. cit., t. e n. 29.

(2) Il criterio, ben limitato, che s'è qui tenuto per determinare la comprensione della voce *alimenti* (i Cod. civ. parm., a. 2133, e C. civ. est., art. 2127, dicono di *generi di prima necessità*), non vieta che si dia tal carattere alla somministrazione del vino, purchè fatta nei termini della necessità. LAURENT (op. cit., XXIX, a. 371) distingue gli alimenti *necessari* all'esistenza, dai *non necessari*, e ne esclude il vino. Esclusione arbitraria: dopo tutto, bisognerebbe anche tener conto della condizione di salute della persona cui la somministrazione è fatta; e poi il vino, pare tanto più *necessario* se si avverte ai termini in cui è ristretta la *quantità* e la *qualità* degli altri alimenti. Quello che si esclude come spesa non necessaria, è la spesa *di lusso* (MERLIN, op. cit., v° *privilège*, s. III, § 1), e perciò la somminì-

Digitized by Google

Così è parimenti estranea la distinzione che si volesse fare rispetto alle persone da cui fosse fatta la somministrazione: e giustamente la legge odierna non ne fa alcuna. Cosa rileva che la somministrazione di sostanze alimentari sia fatta da persone che ne fanno commercio all'ingrosso, od al dettaglio? o da chi, per l'ufficio suo, avesse somministrato gli alimenti a persone che, per legge, hanno diritto di averli dal debitore? Chiunque abbia fatto la somministrazione senz'animo di liberalità, ha il credito con privilegio: la ragione di umanità esiste egualmente, rispetto a chiunque ha consentito il credito (1).

94. La somministrazione di alimenti dà causa al privilegio se è fatta direttamente al debitore, o pure alle persone che ne compongono la famiglia (2): la storia dell'istituto dichiara quale ampiezza si debba dar qui alla voce *famiglia*, nella quale si comprendono non soltanto le persone nate dal coniugio, e quelle che per via di adozione o di riconoscimento vi occupano la posizione di figli, ma tutti i parenti ed affini conviventi col debitore, e le persone ch'egli mantiene presso di sè al suo servizio. La ragione di questo significato così esteso, dev'essere dedotta dal concetto di obbligazione di prestare gli alimenti, gravante su il debitore? Si può affermarlo con correttezza, quando la teoria sia costruita con buon avvedimento, perchè col porre in relazione troppo assoluta la entità giuridica del privilegio e l'obbligazione di prestare gli alimenti, si giunge logicamente a risoluzioni inesatte. Da un lato, se si tien conto della obbligazione legale, sarebbe necessario di ridurre i confini del privilegio alla somministrazione fatta per quei parenti od affini verso i quali il debitore fosse tenuto per legge a prestarla (3), quando

strazione di vini fini, di liquori; ma anche qui non si può porre una regola fissa; le condizioni eccezionali di salute del debitore, o la circostanza in cui la somministrazione è fatta (nozze, battesimo), possono ben dar luogo a privilegio, dovendosi considerare la *necessità* rispetto a queste circostanze. La ricerca e la decisione su ciò, spettano al giudice. Cass. civ. fr. 10 giugno 1890 (*J. du Pal.*, 1891, I, 1091).

(1) La distinzione esiste nel Cod. civ. fr., a. 2101, 5°; Cod. civ. sardo, a. 2156, 6°; C. civ. napol., 1970, 5°.

(2) V. i Cod. cit., art. cit. E sulla interpretazione data nel testo, AUBRY et RAU, l. cit., t. e n. 29; VALETTE, op. cit., I, n. 35; PONT, l. cit.

(3) Su questa interpretazione ristretta dalla voce *famiglia*, v. LAURENT, op. cit., XXIX, n. 372; così pure il Cod. civ. portogh. (art. cit.); più esigente, il Cod. civ. spagn. (art. cit.), limita il privilegio alla somministrazione di alimenti

Digitized by Google

occorressero i termini richiesti per questo effetto, senza ricercare se vi è *convivenza* col debitore; se poi si tien conto della obbligazione nascente da convenzione o da altro atto giuridico, la somministrazione fatta a chi è creditore degli alimenti dovrebbe essere privilegiata contro il debitore: e posto ciò, s'intende come dall' esistenza di parentela od affinità, o del fatto della convivenza, non si potrebbe dedurre una determinazione certa alla causa del privilegio.

Per togliere i motivi di dubbio, e porre la teoria su fondamento saldo, è necessario anzitutto di avvertire, che il credito nato da somministrazione di alimenti dev'esistere direttamente, immediatamente, tra il somministrante ed il debitore: se la somministrazione fosse fatta a persona che avesse diritto a ottenere gli alimenti dal debitore, il somministrante potrebbe aver azione contro di questo, ma per titolo di surrogazione, o di gestione d'affari o di *versio in rem:* e mancherebbe la causa della prelazione, perchè anche se il somministrante avesse il privilegio per il suo credito contro la persona cui la somministrazione è stata fatta, non può valersene in rapporto diretto col debitore ch'era tenuto a prestarla, e contro il quale esercita l'azione spettante al creditore degli alimenti (surrogazione), o l'azione di mandato, o quella diretta ad impedire l'arricchimento illecito (1). È necessario che per la somministrazione, il somministrante ed il debitore siano posti in relazione diretta, come se fin da principio l'azione di credito per questo fatto sia sorta immediatamente ed unicamente contro il debitore; e la entità del privilegio rispetto alle persone che partecipano della somministrazione avvenuta, è dichiarata dal concetto di *convivenza*, inteso in due sensi, oggettivo e soggettivo. Oggettivo, perchè (astraendo da ogni considerazione di bisogno), nel fatto di vivere assieme, è manifesta la necessità che il debitore provveda all'alimentazione della

---

fatta alla famiglia *constituida bajo su auctoridad.* La storia della legge giustifica la risoluzione accolta nel testo, che trae pur conferma dalla comparazione fatta delle leggi portoghese e spagnuola, dove la limitazione della voce *famiglia* è ordinata espressamente.

(1) Certo: la somministrazione è privilegiata per sè: ma il debitore al quale spetta l'azione per gli alimenti contro chi gli era obbligato per questo titolo, ha un *credito* che può essere esercitato dal creditore somministrante. Qui il privilegio non s'ha *direttamente* sul patrimonio dell'obbligato; ma soltanto perchè l'azione spettante al debitore contro l'obbligato per gli alimenti è contenuta nel suo patrimonio, e su questo il somministrante ha la ragion di prelazione.

Digitized by Google

sua famiglia: soggettivo, perchè, attesa la notorietà di questo fatto, il somministrante sa o può sapere che le provvisioni fatte dal debitore servono per lui e per i parenti o persone di servizio, assieme a cui convive.

Cosicchè, l'elemento della convivenza, inteso in questo doppio significato, giustifica la estensione del concetto di *famiglia*, e dichiara la entità del privilegio rispetto alle persone a benefizio delle quali è fatta la somministrazione. O la ragion di *famiglia*, in senso stretto, e comprendente, come s'è avvertito, il coniuge e i discendenti *diretti* del debitore sotto la sua potestà, è fondamento della obbligazione che questo ha di prestare gli alimenti, e allora non occorre più l'elemento della *convivenza*; o s'intende la ragion di famiglia in senso lato, a segno da comprendervi parenti, affini, e le persone di servizio, e la *convivenza* è fatto essenziale, elemento necessario del concetto così inteso. Nel primo caso, non rileva se la somministrazione degli alimenti è stata fatta a persona della famiglia non convivente col debitore, e direttamente a lei, purchè ciò avvenga in seguito a convenzione seguita fra il somministrante ed il debitore, come si osserva nella ipotesi di figlio collocato in una casa di educazione: il credito, ristrettamente alla somministrazione degli alimenti, è privilegiato contro il debitore, il quale eseguisce in quel modo la obbligazione diretta di prestarli.

Se poi la obbligazione di prestare gli alimenti derivasse da obbligazione legale (all'infuori della ragion suesposta nascente dal concetto di *famiglia*), o pure da un atto giuridico, anche se gli alimenti fossero somministrati direttamente al debitore, il credito del somministrante non è privilegiato: la legge accenna soltanto alla *famiglia*, e la storia di essa designa gli elementi necessarî per intenderne il significato rispetto al privilegio (1). La considerazione di umanità, ch'è principale fondamento dell'istituto, si può far valere con successo, quando la somministrazione degli alimenti è fatta al debitore per sè o per la famiglia propriamente detta, o per altre persone che lo assistono con l'affezione (parenti, affini conviventi), o coi loro servigi (persone di servizio conviventi assieme a lui).

---

(1) Cons. BRODEAU, l. cit. Sul significato esteso della voce *familia*, v. FEST., v. *familia*; SEN., *Ep.*, XLVII, 14. Il concetto di famiglia è qui inteso in relazione alla *domus*, sede del gruppo. L 1, § 1; 25, §§ 1, 2; D. *De aedit.*, *ed.* (XXI, 1).

Digitized by Google

95. Il privilegio è ristretto alle somministrazioni fatte negli ultimi *sei* mesi (1): per le anteriori, il credito ha qualità di chirografario. La ragione della limitazione non dev'essere attribuita al fatto che nel novero delle prescrizioni che si compiono in breve termine, ed hanno efficacia liberatoria preventiva, è posta quella di *sei* mesi contro le azioni degli osti e dei locandieri per l'alloggio e le vivande che somministrano (2); il privilegio non è conceduto soltanto a queste persone, ma a chiunque abbia somministrato gli alimenti al debitore per sè e la sua famiglia (3). Per identico motivo, non si può dare gran peso al fatto che i commercianti sogliono liquidare i conti coi proprî avventori ad ogni sei mesi: la qual considerazione fu certo presente al legislatore francese, e spiega quelle fra le leggi italiane che ne adottarono al tutto il provvedimento (4). La ragione della restrizione è l'intendimento di conciliare la considerazione di umanità, causa del privilegio, col diritto degli altri creditori chirografarî, rispetto alla garanzia comune; il creditore per somministrazione di alimenti, doveva curare con più sollecitudine il pagamento di un credito, costituito d'ordinario da prestazioni giornaliere, e quindi la presunzione che per la maggior quantità dovuta, abbia inteso di seguire semplicemente la fede del debitore. Il quale ha tempo sufficiente per veder di mettere assieme quanto gli abbisogna per soddisfare una spesa di tanta necessità.

---

(1) Cod. civ. a. 1956, 4° cit. V. nelle n. precedenti il confronto delle legislazioni straniere: restringe questi termini a tre mesi il Cod. civ. chileno, e lo estendono ad un anno, il Cod. civ. spagnuolo, e quello dell'Uruguay.

(2) Cod. civ. a. 2138; v. l'a. 2139, sulla prescrizione *annuale* contro i crediti dei commercianti, per il prezzo delle merci vendute a persone che non ne fanno commercio.

(3) Confr. DURANTON, op. cit. XIX, n. 65; AUBRY et RAU, op. cit., § 260; MARTOU, op. cit., II, n. 381; TROPLONG, op. cit., n. 147 *bis*; PONT, l. cit., n. 89; THÉZARD, op. cit., n. 377; Per l'Editto piem., v. REGIS, op. cit., p. 54; e per il Cod. civ. sardo, PASTORE, op. cit. nell'a. 2156. Cfr. LAURENT, op. cit., XXIX, n. 375, che argomenta dalla locuzione adottata dalla legge belga.

(4) THÉZARD, l. cit. Cons. specialmente VALETTE, op. cit., I, nn. 33 e segg.; PONT, l. cit., n. 77 e segg. V. il Cod. civ. napol. art. cit.; e il Cod. civ. sardo, art. cit. La ricerca sulla relazione che può esistere tra il provvedimento della legge rispetto al privilegio, e la prescrizione a breve termine dei crediti degli osti e dei commercianti sarà accennata più ampiamente nell'esposizione delle cause per cui s'estingue la prelazione. Le cose dette nel testo bastano tuttavia a dimostrare, che malgrado la opinione del PONT e del VALETTE, questa relazione non esista nella legge francese; e meno ancora nella legge italiana.

Digitized by Google

Il termine, dal quale si debbono computare gli ultimi sei mesi, è fissato dalla morte del debitore, o da quell'avvenimento che determina il diritto comune dei creditori chirografarî sul patrimonio mobiliare; non si deve badare al tempo durante il quale venne fatta la somministrazione, e inferirne che per gli ultimi sei mesi si deve intendere quelli che sono gli ultimi di questa durata totale: la *causa* del favore accordato dalla legge si riferisce a chi ha prestato gli alimenti malgrado la cattiva condizione del patrimonio o della salute del debitore, o che per la morte di questo, perde la sicurtà derivante dalla sua attività personale, dalla speranza che non sarebbe venuto meno all'impegno di pagare le somministrazioni fatte. Il secondo dei due termini accennati è stabilito col fatto della dichiarazione di fallimento, o col pignoramento dei mobili: con questo atto (e quindi, anche se il sequestro conservativo sia commutato in pignoramento), si realizza il rapporto dei creditori di fronte al patrimonio mobiliare, s'apre il concorso, e con esso s'avvivano le cause di prelazione. Dal che s'inferisce che sebbene l'azione del creditore fosse esercitata sopra un mobile determinato, in conseguenza di un *vero diritto di pegno,* siccome il concorso dei creditori può essere aperto sulla parte residuale del valore, l'atto ha valore di determinare la scadenza, dalla quale si debbono computare i sei mesi.

§ 5.

Salario delle persone di servizio.

SOMMARIO. — **96.** Fondamento e termini di questo privilegio.

96. Pari in grado al privilegio ora esaminato, è quello spettante alle persone di servizio per il salario degli ultimi sei mesi (1); e

(1) Cod. civ. ital., a. 1956, 4°. Confr. C. civ. fr., a. 2101, 3° (per l'anno scaduto e quello in corso), e così il Cod. civ. del Messico, art. 2090, 4°; C. civ. spagn., a. 1924 *d;* Cod. civ. port., a. 884, 4° e il Cod. civ. dell'Uruguay, art. 2322, 4° (per l'ultimo anno); il Cod. civ. del Chilì, art. 2472, 4° (per gli ultimi tre mesi), il Cod. civ. della Rep. Argentina, art. 3380, 3° (per gli ultimi sei o tre mesi secondo la condizione del lavoratore). Il Cod. civ. del Basso Canadà (art. 1994, 9), non fissa il limite.

Hanno poi privilegio sulla massa del fallito (Cod. comm. a. 773), e nello stesso grado di quello qui indicato, gli operai impiegati direttamente dal fallito per il salario del mese che ha preceduto la dichiarazione di fallimento, e gli istitori ed

Digitized by Google

questo favore, già dimostrato dalla giurisprudenza consuetudinaria francese (1), trae giustificazione da due considerazioni. Una, comune ad altri privilegi dei quali si è discorso, è la umanità verso il debitore, perchè le condizioni della sua salute, o del suo patrimonio non allontanino le persone solite a locare i proprî servigi, o dal prestarli a lui: l'altra è ragione di umanità verso queste persone, perchè d'ordinario son gente bisognosa, che s'affatica in tal genere di lavoro, per averne sussistenza. La qual riflessione dichiara a chi spetti il privilegio perchè la locuzione *persone di servizio* ha significato più esteso di quanto non indichi la voce *domestici:* qualcuna fra le antiche leggi civili italiane (2) nominava specialmente *domestici* e *servitori,* ma l'ampiezza di questo secondo termine riproduceva la incertezza nella interpretazione: la legge odierna, tornando alla espressione tenuta nella francese (3), il termine generico di *persone di servizio,* dà nuovamente causa a dibattiti sulla intelligenza di esso.

Per avere la ragion di decidere, si dovrà distinguere secondo il luogo dove son prestati i servigî, in città od in campagna? o secondo il luogo dove abitualmente dimora il padrone, esercitando continuamente ed immediatamente la sua direzione e sorveglianza? o secondo vi sia convivenza, o pur no? o secondo che vien affidato, poco importa il dove, un servizio speciale? o secondo il modo col quale è determinato il compenso? Non soltanto in alcuno di questi fatti non vi è elemento bastevole a determinare la *persona di servizio,* ma non si può desumerne un indizio che sia corretto: non il luogo, non la convivenza, non la specializzazione del servizio dànno i criterî coi quali si distingue la *persona di servizio* dal-

---

i commessi per il salario degli ultimi sei mesi. V. L. belga 16 dic. 1885; L. danese (concorsi) 25 marzo 1872, § 33 f; L. germ. cit., § 54; L. ingl. 25 ag. 1883 (*Bankruptcy Act*), art. 40; L. austr. cit., § 21; L. svizzera 11 aprile 1889, § 61; L. franc. 4 marzo 1889, art. 22, modificante l'art. 549 del Cod. di commercio.

(1) Secondo attestano Loyseau, *Tr. de Offic.* in *Oeuvr.* (ed. cit.), III, c. 8, n. 50; Pothier, *Tr. de la proc. civ.* (ed. cit.), p. IV, c. 2, sez. 2 in f., che cita un atto di notorietà del *Trib. du Châtel.*, di Parigi, del 4 agosto 1692. Dalla citazione si rileva la restrizione del privilegio *aux domestiques* de ville *pour une année de leurs gages.*

(2) R. Editto ipot. piem. cit., art. 2, 5°; Cod. civ. sardo, art. 2156, 5. La distinzione esiste pure in pressochè tutti i Codici cit. nella n. 2; vi si parla di *dependientes y domesticos; dependientes y criados; dependientes y criados domesticos.*

(3) Cod. civ. a. 1956 cit.

Digitized by Google

l'*impiegato*, ma la natura della relazione tra il padrone e il servitore, e la natura del servizio. Per mezzo del primo di questi due concetti, si vede che la condizione della persona di servizio è distinta dalla soggezione diretta, immediata, al padrone, che non gli permette veruna iniziativa, ma l'obbliga ad adempiere gli ordini con puntualità e precisione: il servitore è lo stromento del padrone, la volontà del quale ne determina gli atti riferentesi al servizio locato (1). Questa nozione aiuta assai a dichiarare il secondo concetto: se il servo è stromento del padrone, è il suo assistente, che nelle cose del servizio gli deve obbedienza passiva, s'intende che i servigi locati sono al tutto *materiali*; nel lavoro intellettuale, non è possibile, per quanto fatto a conto di altri, quell'abolizione di ogni autonomia nel governarlo, che segnala le persone di servizio (2).

---

(1) Così, arg. Cass. fr. 9 giugno 1873 (*J. du Pal.* 1873, 660); 26 giugno 1878 (*J. du Pal.* 1878, 1086, 1202); 5 luglio 1886 (*J. du Pal.* 1886, 1, 875). In queste decisioni è ben stabilito il concetto della subordinazione assoluta; una decisione del 18 giugno 1889 (*J. du Pal.*, 1890, 1, 146), respinge il criterio di distinguere a seconda del luogo dove i servigi son prestati. Cons. VALETTE, op. cit., I, nn. 28 e segg. Cfr. DURANTON, op. cit., XIX, n. 58. Deducendola dai termini della legge francese, TROPLONG, seguendo la dottrina di GRENIER e di PERSIL (l. cit.), limita il privilegio alle persone di servizio tenute ad un anno: ma la restrizione non è giustificata da nessun ragionamento valevole.

(2) Quando s'argomentassse strettamente dalla locuzione adoperata nella legge (*persone di servizio*), e s'intendesse la voce servizio nel senso lato del quale è suscettibile, la distinzione non parrebbe giustificata: e questo affermarono ZACHARIAE, op. cit., § 260, che estende il privilegio a quanti impegnando i loro servigi a tempo, e per mezzo di salari stabili, si mettono in un modo più o meno assoluto sotto l'autorità di colui presso il quale entrano in quella data condizione. V. DURANTON, l. cit. e TROPLONG, l. cit., n. 142 *bis*. Ma la storia della legge contrasta assolutamente a questa interpretazione, e mostra come si debba intendere la locuzione *persone di servizio*. Cons. VALETTE, l. cit.; PONT., l. cit., n. 82; MASSÉ et VERGÉ, s. ZACHARIAE, op. cit., § 790, n. 8; AUBRY et RAU, op. cit., § 260, 4°; Cass. fr., 29 giugno 1888 (*J. du Pal.*, 1889, 1, 719).

Il concetto esposto risolve la questione sollevata sulla possibilità di comprendere fra le persone di servizio gli artisti drammatici, concedendo così a loro il privilegio per il credito della loro mercede. Il lavoro ch'essi prestano, è al tutto intellettuale; perciò, sebbene la considerazione del bisogno e della tenuità che d'ordinario ha la mercede, occorrano pure in questo caso, il credito loro contro chi ne ha condotto l'opera, non ha il privilegio statuito nella legge civile. Cons. VIVIEN et BLANC, *Tr. de la législ. d. théâtres* (Par., 1830), n. 270, AGNEL, *Code manuel d'artistes dramat.* (Par., 1851), n. 205; ROLLAND DE VILLARGUES, *Répert. de la jurispr. du notar.* (éd. 1840-45) V° *engagem. d'act.*, n. 215; RIVALTA, *St. e sist. del dir. dei teatri* (Bologna, 1886), p. 399-401.

Digitized by Google

Cosicchè questo secondo concetto è, nella sua sostanza, esplicazione del primo, al quale solo può ragionevolmente ridursi la ragion di distinguere le persone di servizio dagli altri lavoratori. Perciò, senza che si possa distinguere rispetto al modo ed al termine fissati per il pagamento dei servigî materiali locati, chi si trova in dipendenza continua, assoluta dal padrone, e nelle cose cui si riferisce il suo lavoro è come stromento di lui, ha qualità di persona di servizio; chi invece loca semplicemente l'opera propria, qualunque siano la durata e la estensione della locazione, il termine e modo di retribuzione, deve far sì che il lavoro sia fatto secondo è stato convenuto, e dentro i limiti della convenzione sopporterà la direzione del conduttore: ma non vi è la dipendenza intera ed abituale, che separa il lavoratore dal servo. E studiando con più profondità questi concetti, si può dire che la locazione di opera dà qualità di *servo* al locatore, quando, sebbene sia ristretta ad un dato oggetto, il modo di eseguirla dipende interamente da un elemento soggettivo, che è la volontà del conduttore; invece se il lavoro suol esser fatto con modo determinato dalla convenzione o dalla consuetudine assunta nel compierlo, la volontà del conduttore non può alterarne i termini senza violare la convenzione, ed al locatore non si può asserire la qualità di persona di servizio (1).

Della quantità del salario cui è ristretto il privilegio, e del tempo dal quale si deve computarne la durata, non è mestieri dir altro (2),

(1) Non si dovrà dunque affermare che ogni sorta di servizio salariato, e nascente da un contratto di locazione dà origine al privilegio (TROPLONG, ZACHARIAE, DURANTON, l. cit.); gli elementi esposti nel testo, sono sufficienti a dichiarare quando esiste quella qualità che rende privilegiato il credito dipendente da prestazione di servizio. Chi, senza affermare la qualità di persona di servizio, loca l'opera sua, non si trova in quello stato di dipendenza che s'è avvertito; egli s'è obbligato ad una prestazione determinata, che, a pena di responsabilità per l'inadempimento, deve avere quella qualità tenuta presente dalle parti: ma qui il *lavoro* è il fatto cadente nella prestazione, nè concorre a qualificarla la subordinazione dell'obbligato verso chi ne ha condotto l'opera.

Questo carattere par che s'abbia nei commessi dei negozianti; ma è facile avvertire che nel servizio loro incumbente, manca il carattere di quella *materialità*, segnalata dianzi come termine essenziale per la esistenza del privilegio. Tant'è, che, come avvenne in Francia con la L. 4 marzo 1889 (art. 22 cit.), ed era già avvenuto con la legge 28 maggio 1838 (Cod. di comm., art. 549), così il Cod. di comm. ital. (art. cit.) ha parificati espressamente i commessi alle persone di servizio, accordando al credito dei loro salari l'identico privilegio.

(2) La legge ha determinato con la maggior chiarezza la quantità del credito privilegiato; i sei mesi si debbono computare risalendo dal giorno della morte,

Digitized by Google

dopo le notizie esposte sul privilegio per somministrazione di alimenti. Il criterio da tenere è il medesimo; e si avverta pure, che, per il modo col quale la legge regola le due cause di prelazione (1), il salario è privilegiato anche se i servizî fossero prestati a persone componenti la *famiglia* del debitore, intesa la voce *famiglia* così ampiamente come s'è mostrato (2). Ma è necessario distinguere la natura del servizio, perchè se rispetto al debitore ha qualità di *persona di servizio* chi lo presta alla persona di lui, o pure ai beni, in città o in campagna, rispetto ai parenti od affini che ne compongono la famiglia in senso lato, questa qualità spetta ai soli *domestici;* anche se il debitore avesse direttamente condotto i servigî nell'interesse del patrimonio dei parenti od affini che convivono assieme a lui, siccome non vi ha diritto, l'atto suo è di mandatario o di gestore di affari. La voce *famiglia*, secondo la nozione esposta, si riferisce alle persone; i beni spettanti ad ognuno fra quanti la compongono non mutano perciò proprietario, e il debitore non ha sul patrimonio dei parenti od affini alcun potere di amministrazione, se il proprietario non glielo consente.

§ 6.

Privilegio per le imposte dirette non fondiarie, e le sovraimposte.

Sommario. — **97.** La ipoteca e il privilegio del fisco nel diritto antico: ragione di essere della prelazione. Diritto odierno; teoria della legge italiana. — **98-99.** A quali imposte e sovrimposte si restringa il privilegio generale dei mobili. Quante annate d'imposta vi son comprese.

97. Lo Stato non può esercitare le attribuzioni inerenti allo scopo suo, che è la cura sollecita di quanto si riferisce all'interesse generale, senza una molteplicità ordinata di servigî, che costituiscono gli elementi essenziali del suo organismo; e non può avere questi servigî, e non avendoli non potrebbe funzionare, se gli manca il

---

o dal fatto che apre il concorso sul patrimonio mobiliare del debitore. La questione fu agitata assai dai dottori francesi (v. Duranton, op. cit., XIX, n. 60; e cfr. Troplong, l. cit., n. 143); ma il fondamento della disputa, che è la relazione della legge sul privilegio, con quella che regola la prescrizione, non è esatto. I due provvedimenti sono al tutto distinti.

(1) Cod. civ., a. 1256, 4°.

(2) V. il § precedente.

Digitized by Google

mezzo di provvedere alle spese che necessariamente richieggono. Di qui due risultati; il primo, la giusta necessità del tributo, prestazione imposta ad ognuno che avendo parte nell'interesse generale curato dallo Stato, deve contribuire conforme ai suoi mezzi, alle spese che occorrono per ottenerlo e governarlo: il secondo, la necessità che il pagamento del tributo sia assicurato, come istituto di utilità comune, perchè dal pagamento regolare dipendono, con la esistenza dello Stato, il benessere materiale e morale della consociazione (1).

La legge romana assettò in modo definitivo questa sicurtà soltanto sul finire del secondo secolo (d. C.): i fonti onde vien dimostrata la esistenza dell'ipoteca legale e del privilegio conceduto al fisco, non sono anteriori al regno di Severo e Caracalla (2), sebbene sia certo, che nei contratti stipulati col fisco, si consentisse sempre a favor suo una sicurtà reale (3). Un passo famoso di Scevola (4), su cui si esercitò assai l'acutezza degli interpreti che lo indagarono in relazione ad un passo di Ulpiano (5), prova le due asserzioni:

---

(1) Stein, *Lehrb. d. Finanzwissenschaft* (Leipz. 1878), I, p. 537 e segg., dichiara qual sia il fondamento dell'azione legale nell'imposta; v. pure Wagner, *Finanzwissenschaft* (Leipz. 1878-83), § 1; e § 531, dove studiando il trattamento dei residui dell'imposta, ricorda come questa obbligazione sia fondata sul diritto e su gravissimi interessi pubblici. Concetto che giustifica i mezzi necessari per ottenere la effettiva riscossione del tributo.

(2) Arg. L. I, 2, *C. in quib. caus. pign.* (VIII, 15): L. 1 in f. *C. Si propt. publ. pens.* (IV, 46); L. 2, 3, C. *de priv. fisci* (VII, 73): e cfr. col rescritto anteriore di Severo ed Anton., che è nella L. 2, C. *de serv. pign. d.* (VII, 8), e con la L. 21 pr. D. *qui pot. in pign.* cit. nella n. seg. Su ciò v. Sintenis, op. cit., § 34; Dernburg, op. cit., §§ 41-43 (I p. 334 e segg.); Bachofen, op. cit., 251 e segg.

(3) L. 21 pr. D. *qui pot. in pign.* cit. V. la n. seguente.

(4) *Titius Seiae, ob summam quae ex tutela quae ei condemnatus erat, obligaverat pignori omnia bona sua* quae habebat, quae habiturus esset (cons. su questa dizione, Sintenis, op. cit., p. 384 e segg. V. qui. la n. 4); *postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta, eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco, et in illis rebus quas Titius tempore prioris obligationis habuit,: idem in his rebus quas post priorem obligationem adquisivit donec universum debitum suum consequatur? Respondit* nihil proponi cur non sit praeferenda. L. 21 pr. (Scaevola) *D. qui pot. in pign.* (XX, 4).

(5) *Si qui mihi obligaverat* quae habet habiturusque esset, *cum fisco contraxerit, sciendum est* in re postea acquisita, fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est; *praevenit enim causam pignoris fiscus.* L. 28

Digitized by Google

e la decisione di Ulpiano, mostra pure il diverso svolgimento che ebbe la sicurtà data al fisco, secondochè si provvedette per le imposte, o per le convenzioni che avesse stipulato. Dal frammento intestato a Scevola apparisce, che al tempo del giureconsulto rispondente, il fisco non godeva di alcuna prelazione derivante da ipoteca legale o da privilegio: e le due questioni che vi son poste, si debbono considerare astraendo al tutto dalla condizione del fisco. Difatti, la prima si riferisce all'*anteriorità* della ipoteca, perchè avendo il debitore estinto in parte la obbligazione assicurata dalla ipoteca anteriore, e confermata questa garanzia per il residuo, s'ebbe dubbio, se la ipoteca dovesse toglier vita dal tempo della conferma: se cioè, parendo occorsa una vera novazione, fosse posteriore alla ipoteca consentita al fisco dopo la prima costituzione e prima della conferma: il giureconsulto risponde giustamente, che il debito residuale è dovuto in conseguenza della obbligazione originaria, cosicchè la ipoteca che deve garantirla è sempre quella costituita primamente. La seconda questione era mossa non da dubbio che occorresse di prerogativa spettante al fisco, sibbene dalla dottrina che certo doveva essere ricevuta sul modo di comportarsi di due ipoteche generali sopra beni entrati nel patrimonio posteriormente alla costituzione della seconda: rispetto ai quali poteva parere (come parve (1), e par tuttora a molti interpreti ricercando la dottrina contenuta nei fonti), che per essere venuti in potere del debitore quando le due ipoteche gravavano egualmente sul patrimonio, non vi fosse tra di esse anteriorità alcuna, ma concorso. E il giureconsulto, argomentando dal contenuto della ipoteca generale, decide per l'anteriorità, regolata secondo la data della costituzione; nè vale la congettura di quelli che dalla esposizione con la quale s'accenna alla costituzione dell'ipoteca desumono che questa era stata consentita sui beni presenti, non sui futuri (2): e nep-

---

(Ulpianus) *D. de j. fisci* (XLIX, 14). Che qui s'accenni ad un vero privilegio a favor del fisco è generalmente ammesso: V. Glück, op. cit., XIX, p. 249 e segg.; Vangerow, op. cit., § 386; Sintenis, op. cit., § 65, p. 631 e segg.; Dernburg, op. cit., § 153. Cons. sulle varie teoriche Glück, l. cit., Du Boys, op. cit., p. 68 e segg.

(1) Gl. sulla L. 7, § 1. *D. qui pot.* (XX, IV): Bachov., op. cit., IV, 6, § 1; Vangerow, § 369; Cons. Windscheid, op. cit., § 242, t. e n. 10.

(2) Jourdan, op. cit., p. 314. La esposizione delle interpretazioni proposte sulla L. 28 cit. e sulla relazione con la L. 21 pure cit., è fatta dal Glück, l. cit.; V. pure Du Boys, l. cit. La dottrina accolta nel testo mostra la eccezionalità del provvedimento accolto nella L. 21 a favore del fisco; e il ragionamento tenuto

Digitized by Google

pure il ragionamento degli altri, che dalla posizione della questione, e dalla risposta, inferiscono che sebbene sia negata la priorità, non è negato il concorso sui beni acquistati dopo costituita la prima ipoteca generale (1): perchè nel primo caso la seconda questione sarebbe stata proposta affatto inutilmente, non potendosi discutere di priorità dove non vi ha conflitto, e nell'altro mal s'intenderebbe la risoluzione del giureconsulto, che dicendo di priorità, accenna a conflitto non a concorso.

La causa del fisco venne acquistando in seguito maggior favore; nelle convenzioni, per la consuetudine di stipulare la sicurtà ipotecaria (2) nei tributi, per il concorso essenziale che prestano all'esistenza dello Stato, si concedette forse da principio al fisco un *privilegium exigendi* (3), e poi una ipoteca legale generale che ebbe pur qualità di privilegiata (4). Ma la estensione del privilegio è diversa nei due casi, come i fonti dimostrano: nei tributi, la ipoteca legale è privilegiata in modo che supera altre ipoteche parimenti privilegiate (*potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt*) (5); nei crediti nascenti da convenzione o

---

esclude la teoria del concorso. V. WINDSCHEID, l. cit.; DERNBURG, op. cit.; § 30. Cfr., specialmente per la distinzione che fa sull'efficacia dell'ipoteca generale convenzionale, e della legale, BACHOFEN, op. cit., p. 261: teoria che sarà discussa più avanti.

(1) BACHOV., l. cit.

(2) Cons. DERNBURG, op. cit., § 44.

(3) Cons. DERNBURG, op. cit., § 43.

(4) Sullo svolgimento che ebbe la garanzia privilegiata del fisco, v. BACHOFEN, op. cit., p. 239 e segg.

(5) L. I C. *si propt. publ. pens.* (IV 46): *Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus iura hypothecae sive pignoris praetendente:* potior est enim causa tributorum, *quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.* La L. 1 *C. in quib. caus.*, (VIII, 15): *Universa bona eorum qui censentur vice pignorum tributis obligata sunt*, stabilisce la ipoteca generale tacita a favor del fisco per i tributi, come la L. 2 *C.*, tit. cit., le L. 2, 3 *C. de priv. f.* (VII, 73), e la L. 2 *C. de serv. pign. d.* già cit., la stabiliscono per i crediti nascenti da contratto; onde l'afferzione larghissima di ERMOGENIANO, *fiscus* semper *habet ius pignoris*: L. 46, § 3 *D. de jure fisci* (XLIX, 14). Restringendo qui le osservazioni alla materia del privilegio, e rinviando alla ricerca che si terrà in seguito sulla entità dell'imposta fondiaria, la discussione sul rapporto che per il debito di quest'ultima esiste tra il fisco ed il fondo obbligato giova notare che la L. 1 C. *si propt. pens.* cit., stabilisce con la maggior precisione il *privilegio* annesso al credito dell'imposta; WÄCHTER (in *Archiv. f. civil. Pr.*, XIV, p. 386 e segg.) ha proposto d'interpretare la locu-

Digitized by Google

da altro atto giuridico, il privilegio è ristretto soltanto ai beni entrati nel patrimonio del debitore posteriormente alla costituzione della ipoteca (1). Così fu adottata, rispetto al privilegio, quella distinzione che non fu accolta rispetto agli effetti della ipoteca generale, secondo è attestato dal frammento di Scevola: distinzione che conciliava equamente gli interessi del fisco e degli altri creditori, e che posta per limitare il privilegio, non può essere spiegata correttamente coi principî della ipoteca (2).

L'amministrazione finanziaria delle città non ebbe gli stessi favori conceduti al fisco: sebbene fosse governata nell'interesse generale, la estensione limitata di essa così per le persone, come per le funzioni, le dava una importanza secondaria. Perciò, all'infuori del caso che il Principe l'avesse specialmente conceduta a qualche città, l'amministrazione non ebbe il *privilegium exigendi* accordato al fisco (3) se non sulla fine del I secolo, e soltanto questo conservò, anche quando il fisco ebbe la ipoteca legale privilegiata; ma era stabilito (4), e i presidi della provincia dovevan sorvegliarne la esecuzione, che i funzionari cui spettasse il maneggio di pubblico de-

---

zione *priore loco* riferendola all'ipoteca, e quindi alla *data* in cui è nata: senza ricercare ora, se si debba ritener la nota nel momento della fissazione del tributo o della ripartizione, o dell'esigibilità, basta avvertire che questa dottrina non ha avuto seguaci: chè troppo è manifesta, per la locuzione e lo sviluppo del favore alla causa fiscale, l'esistenza del privilegio. V. SINTENIS, op. cit., § 65, 2 a (p. 629 e seg.); DERNBURG, l. cit.

(1) L. 28 *D. de jure fisci*, cit. E per la interpretazione di questo frammento, v. gli A. cit. nella n. 5 della pag. 201.

(2) Così BACHOFEN, op. cit., p. 261 e segg., seguendo FABER, *Conject.*, II, c. 16, spiega il principio esposto nella L. 28 cit., coordinandolo al diverso tempo nel quale la ipoteca generale convenzionale e la legale tolgono vigore sulle cose future; perchè la prima le graverebbe alla entrata di essa nel patrimonio, e l'altra fin dalla esistenza dell'atto cui si riferisce, cosicchè entrerebbero nel patrimonio con quest'onere. Nei testi nulla vi ha che possa giustificare tale distinzione; se fosse vera, l'ipoteca legale dovrebbe vincere anche le ipoteche costituite validamente prima che la cosa entrasse nel patrimonio del debitore, e questa risoluzione è addirittura assurda. La L. 28 statuisce un privilegio vero e proprio.

(3) *Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris* nisi *nominatim id a Principe datum sit.* L. 10 *D. ad Municip.* (L, 1); L. 2 *C. de j. reipubl.* (IX, 29). Sul *privilegium exigendi*, v. L. 38, § 1 *D. de reb. auct. jud. poss.* (XLII, 5). La L. 10 e la L. 2 cit., mostrano come la teoria contraria abbia un fondamento assai debole nella L. 3 *C. de j. reip.* (IX, 29), e nella L. 4 *C. quo quisque ord. conv.* (XI, 35).

(4) *Aes Malacitan.*, c. LIX e segg.

Digitized by Google

naro, non potessero assumere la gestione se non costituissero una garanzia reale, che parimenti doveva essere data da quanti si obbligassero verso la città (1).

98. I principî tenuti dalla legge romana sulla ipoteca legale ed il privilegio del fisco, furono mantenuti dal diritto intermedio, che in questo favore agguagliò le amministrazioni finanziarie dello Stato e della città, alla quale, quando per essere libera o per averne avuta la concessione dal Principe poteva levar tributi, concesse la garanzia reale privilegiata conceduta al fisco (2). In cerchia più limitata, la città ha interessi generali cui è necessario si provveda, nè è possibile farlo senza mezzi adeguati, che si debbono trarre dai consociati ai quali la provvisione si riferisce direttamente: perciò, la ragion del tributo, eccezion fatta della maggior copia di esso secondo la diversa gravità degli interessi, è identica nei due casi.

La legislazione francese (3) nel dare norma al privilegio fiscale sentì assai, come avvenne per la intera materia del privilegio, la influenza della dottrina del privilegio reale. E posta la distinzione fra il tributo diretto e l'indiretto, siccome il privilegio reale conterrebbe, col rapporto sulla cosa, una specie di onere su di essa, si distinse pure il tributo fondiario dagli altri, ordinandone il privilegio sul valore del fondo al quale si riferisce; senza l'immobile non era possibile la realtà del privilegio, che rispetto al tributo non fondiario tenne soltanto qualità di semplice. Vero è che in questo punto si nota la grave incertezza osservata nella esposizione generale del privilegio (4): perchè se il tributo non fondiario è credito chirografario,

(1) L. 2 C. *de deb. civit.* (XI, 2). V. SINTENIS, op. cit., § 35, p. 343; DERNBURG, l. cit.

(2) V. NEGUSANT, p. II, 4, nn. 113 e segg.; p. V, 4, n. 42.

(3) L. 12 nov. 1808, art. cit.

(4) La difficoltà è posta sufficientemente in rilievo dalla considerazione esposta nel testo; certo è, che data la influenza della distinzione del privilegio semplice dal reale, e tenendosi rigorosamente ai termini del primo, la conseguenza avvertita sarebbe la sola giustificabile. Ma si comincia qui a notare la incompiutezza, e anche la contraddizione dei criteri legislativi in materia di privilegi, e specialmente del privilegio d'imposta; la ipoteca già consentita al fisco, ha dovuto contribuire assai, a mantenergli un privilegio favorito a preferenza dal credito pignoratizio, e dargli così implicitamente una realtà, che per la natura della cosa, non potrebbe avere (v. la n. seguente).

La insufficienza è maggiore in tema di privilegio per il tributo fondiario: è regolata così da rimanerne assai incerto il carattere dell'imposta.

Digitized by Google

per non essere le cose mobili suscettibili d'ipoteca, e neppure di privilegio reale, il privilegio semplice che gli è unito non dovrebbe aver valore in confronto di altri privilegi costituiti dal rapporto *proprio* di pegno (1). Si può escire dalla difficoltà, considerando che il legislatore tiene arbitrio di favorire la causa che reputa meritevole di prelazione, ponendola anche al di sopra del pegno: ma sta sempre, che il principio restrittivo della ipoteca agli immobili, non ha tolto il concetto tradizionale della ipoteca privilegiata spettante al fisco, così da non rimanerne traccia veruna. Ancora si potrebbe accomodare più nettamente la storia dell'istituto alla legge francese, dicendo che si dovette restringere questa ipoteca agli immobili, e perciò al tributo fondiario, con la forma di privilegio reale; e si potrebbe pure attribuirle nuovo fondamento, traendolo dalla natura del tributo fondiario: del quale si ricerca se non rappresenti una specie di alto dominio che lo Stato ha sul territorio nazionale, oppure, tenendo al rapporto di esso col fondo, non abbia il carattere di onere reale (in genere) sulla cosa (2).

Questi concetti dichiarano il criterio seguìto nella legge italiana, dove, se non il più nettamente che si poteva, almeno più correttamente, che non sia nella francese, è separato il privilegio dalla ipoteca: il privilegio generale mobiliare per ragioni di tributo, non ha forza contro gli altri privilegi costituiti da un rapporto di pegno (3), e il tributo fondiario ha privilegio speciale sull'immobile che ne è gravato. Certo, non si possono disconoscere in quest'ultima parte, secondo si dirà in seguito, le traccie dell'istituto antico dell'ipoteca legale, e del privilegio reale; ma, quando si badi alle altre norme che governano la esazione della imposta fondiaria, che pesa sul fondo (4), s'avverte nella entità giuridica del tributo l'*obligatio*

(1) Di questa prelazione non si può dubitare, quando s'argomenti dai termini della L. 12 nov. 1893, che dispone doversi esercitare il privilegio *avant tout autre*. S'è affermato che malgrado ciò, il privilegio non ha valore contro il creditore pignoratizio, sebbene vinca gli altri: ma la disposizione concepita ed espressa in modo così generale non consente questa limitazione, che richiederebbe poi uno studio di raffronto, meno contradditorio di quello che si fa, tra il privilegio del creditore pignoratizio, e quello del locatore dichiarato d'ordinario con la figura del pegno tacito. Cfr. DURANTON, op. cit., XIX, n. 31.

(2) La questione avrà svolgimento nella ricerca sul privilegio per il tributo fondiario.

(3) C. civ. a. 1959.

(4) La discussione su questi punti, di gravissimo interesse per la costruzione da proporre sulla natura giuridica del tributo fondiario, e del privilegio immobiliare

Digitized by Google

ob rem, congiunta essenzialmente al dominio, sebbene dovuta in ragion della rendita. Questo avviene, perchè il concorso a prestare i mezzi occorrenti per i servizî dello Stato, è dato dalla proprietà fondiaria, nè s'obbietti che mal s'intende la *obligatio ob rem*, se non si ammette l'inscritto nei ruoli a dimostrare ch'egli non ha il possesso del fondo, perchè il divieto non muta la essenza dell'istituto, e soltanto accerta rispetto al fisco *chi* sia il possessore obbligato *ob rem*, dichiara, cioè con presunzione assoluta, chi sia il possessore; e val meno obbiettare che il canone enfiteutico, sebbene elemento costitutivo del diritto dell'enfiteuta, non ha privilegio sul fondo, perchè la legge ha pieno arbitrio di estimare la causa della prelazione, e l'interesse dello Stato è ben altro da quello dell'enfiteuta (1).

99. Il privilegio generale mobiliare è concesso al credito del tributo *diretto*, qualunque sia, eccettuato il fondiario: nè occorre di esaminar qui il significato che più convenientemente si può dare secondo la dottrina alla qualità di *diretto* (2), perchè la legislazione

---

speciale che gli è unito, sarà tenuta nell'esposizione dei privilegi immobiliari. Le cose dette qui bastano a giustificare quel che s'è avvertito di sopra (n. 4); e la legislazione speciale ricordata, dà buoni elementi per intendere compiutamente una teoria che non si può costruire sopra i soli dati della legge civile.

(1) Quel che s'è detto nel testo (lasciando ora da parte il breve accenno fatto all'entità dell'imposta fondiaria) sulla ragione storico-giuridica del privilegio mobiliare generale dato alle imposte dirette, esclusa la fondiaria, richiede maggiore svolgimento. Perchè, senza che s'argomenti dalla natura del privilegio, basterà rammentare la distinzione dell'imposta in personale e reale, secondo si concepiva in origine, per intendere come ristretta la imposta reale alla *fondiaria* (e su ciò v. WAGNER, op. cit., § 335, β), siasi potuto accordare questa partizione a quella posta rispetto al privilegio: la prelazione risponderebbe dunque al concetto che s'aveva della ipoteca come termine di esistenza del privilegio reale, costituito perciò su cose ipotecabili, ossia sugli immobili. Ora, gli autori che argomentando dalla dizione della legge (v. la n. 1 della pag. prec.), dànno a questo privilegio una potenza superiore a tutti gli altri, anche a quello del creditore pignoratizio, potrebbero avvalorare la loro risoluzione, considerando il carattere di garanzia reale che l'imposta aveva in origine: ma la impossibilità ch'esso si manifesti con la ipoteca sui mobili, se da un lato spiega il privilegio reale della fondiaria, dall'altro esclude questo concetto per le altre imposte che hanno il privilegio mobiliare generale. Altra, come s'è detto, e si vedrà meglio in seguito, è la costruzione che si deve porre nel diritto patrio.

(2) La scuola fisiocratica insegnava che la imposta diretta colpisce *direttamente* il prodotto netto, ma restringeva la possibilità di averlo alla produzione del suolo; cosicchè per questo concetto della *ricchezza*, si veniva a confondere la imposta

Digitized by Google

positiva italiana, seguìta la francese, dà questo carattere a quei tributi che si esigono immediatamente, direttamente, regolarmente, da persone designate nei ruoli, e son da esse sopportati in ragion del reddito presunto. È parimenti conceduto ai crediti della provincia e del Comune, ma limitatamente alle sovraimposte: e la restrizione potrebbe essere dichiarata storicamente, considerando il modo col quale, al tempo della unificazione legislativa era governato il regime tributario delle provincie e dei comuni (1), ristretto al diritto di sovraimporre: per il che nella sovraimposta riman la parte d'imposta devoluta alla Provincia od al Comune, e l'intero tributo, che nella maggior quota è dovuto all'erario, ha, nella sua unità, il pririvilegio fiscale.

Il quale è ristretto al tributo dell'anno in corso, e dell'antecedente (2); perchè da un lato, il ritardo seguìto nella riscossione sminuisce quella considerazion di necessità ond'è assai giustificata la prelazione ordinata in favore del fisco: e in pari tempo non può

---

diretta con la *reale* (v. la n. preced.). L'Assemblea francese col suo decreto dell'8 gennaio 1790 toglieva la restrizione, e senza badare alla realità o alla personalità della imposta, determinava con sufficiente esattezza il carattere dell'imposta *diretta:* sebbene, come fanno pur oggi la legge francese e l'italiana, badasse più all'elemento esteriore, consistente nel potersi chiedere l'imposta dalle persone designate nei ruoli compilati secondo le norme stabilite (v. il v° *impôt* nel *Nouv. dictionn. d'écon. polit.* (Paris, 1891, II, p. 26). Questa nozione dell'imposta diretta è accolta generalmente: v. DUFOUR, *Tr. gén. de dr. administratif appl.* (Paris, 1869-70), III, n. 677; BATBIE, *Tr. th. et prat. de dr. publ. et adm.* (Paris, 1885), VI, p. 73; GIRON, *Le dr. adm. de la Belg.* (II° éd.), II, p. 21. MARIÉ, *Tr. de dr. adm.* (Paris, 1890), p. 551; STOURM, *Cours de financ.* (Paris, 1889), p. 396; e specialmente WAGNER, op. cit., § 338. Il carattere esteriore dell'imposta diretta è posto in modo esageratissimo come fondamentale da BAUDRILLART, *Manuel d'écon. polit.*, (V° éd.), p. 490. Cons. BOCCARDO, Prefaz. al vol. X della Bibliot. degli Economisti, (serie III^a).

(1) Le esigenze del pubblico servizio giustificano, rispetto allo Stato, e, in campo più ristretto, rispetto alla Provincia ed ai Comuni, l'istituto dell'imposta: argomentando da questa identità di ragione, si dichiara sufficientemente l'estensione dell'imposta con la sovraimposta, ordinata affinchè Provincie e Comuni possano provvedere ai fini di loro esistenza.

(2) Cod. civ., a. cit.; Cfr. Cod. civ. spagn., a. 1924, 1° (limitatamente all'ultimo anno); C. civ. del Messico, a. 2077, 4°; C. civ. del Guatemala, a. 2406, 5° (per gli ultimi cinque anni); in modo generale dispongono il Cod. civ. port., art. 885; il Cod. civ. della Rep. Argent., a. 3879, 2°; il Cod. civ. dell'Uruguay, a. 2322, 6°; il Cod. civ. del Chilì, a. 2472, 6°; il Cod. civ. del Basso Canadà (per le tasse municipali), art. 1994, 7°.

Digitized by Google

pregiudicare, senza ingiustizia, il diritto degli altri creditori concorrenti; la sollecitudine dell'esattore impedisce l'accumularsi delle annualità d'imposta, ed il privilegio è favore per la causa del tributo, non della negligenza di chi è commesso a riscuoterlo.

Per determinare qual sia l'*annata antecedente*, è necessario definire avanti l'*annata in corso*: e la indecisione su questo punto può essere ben grave. Perchè a tutti è parso, e giustamente, che essa si debba riferire al momento in cui il rapporto di garanzia (in generale) fra i creditori ed il patrimonio del debitore toglie figura determinata, a causa della insolvibilità; l'azione di un creditore sui beni, fissa l'istante in cui, venuta meno la fiducia personale nell'obbligato, gli altri creditori possono far valere efficacemente il diritto di concorso, oppure il diritto prevalente, se la cosa fosse soggetta al rapporto di garanzia reale, o esistesse un diritto di prelazione sul prezzo. Ma se questo è il criterio generale, si può disputare dell'atto che fissa il momento designato: sarà esso la intimazione, l'atto di precetto? il pignoramento? il provvedimento che ordina la vendita? il processo verbale dell'asta? lo stato di assegnazione o di ripartizione? la opposizione del creditore concorrente, fatta prima o pure dopo la vendita (1)?

Lasciando di discorrere partitamente di ciascuna proposta, basterà dichiarare il fondamento del criterio comunemente accolto; ogni creditore, senza distinzione di qualità, ha verso il patrimonio del debitore un rapporto che non è garanzia propria, ma elemento della obbligazione, ed è sostrato dello stesso diritto di sicurtà reale, in cui si specializza: tutti i creditori hanno diritto al valore contenuto nel patrimonio, sebben poi, le cause speciali di prelazione, attribuendo un vantaggio a chi le ha, restringano al residuo la *garanzia* (impropria) dei meno favoriti. In conseguenza di questo rapporto comune, non si può distinguere secondo che l'atto sul patrimonio del debitore è seguìto ad instanza del creditore cui spetta il privilegio generale, o pur di altri: il rapporto di *garanzia* vien posto

(1) Questi atti son parte della procedura esecutiva mobiliare, secondo è regolata dalla legge di procedura civile, e dalla legge speciale della riscossione delle imposte dirette (L. 20 aprile 1871). La questione risoluta, ha maggior gravità nella ricerca del termine rispetto al privilegio immobiliare speciale della imposta fondiaria, e degli interessi garantiti dalla iscrizione ipotecaria fatta per il capitale e gli interessi in genere. E nell'indagine che si terrà sul primo dei due istituti, avrà il necessario svolgimento.

Digitized by Google

egualmente in essere nei due casi, e, come garanzia generale, come garanzia in *potenza*, non spetta esclusivamente al creditore instante: il diritto di *prevenzione* della procedura antica rivive in parte soltanto nell'istituto odierno della ipoteca giudiziale (1). Cosicchè, il momento in cui il rapporto di garanzia ha effetto, è determinato dall'atto col quale si esercita l'azione sui beni mobili contenuti nel patrimonio del debitore: e questa virtù non spetta al provvedimento che ordina la vendita, od agli altri avvenuti in seguito, perchè tutti costituiscono la procedura che esplica, fino al compimento, il rapporto di garanzia già iniziato, fissato. L'atto di precetto nella esecuzione mobiliare non ha forza d'iniziarlo, perchè non produce, rispetto alla cosa, quella relazione che dichiara il potere su di essa; il principio *mobilia sequelam non habent*, ha determinato necessariamente l'atto che designa il *modo* di acquisto (2) dei mobili, e cioè il possesso (3), che s'acquista in virtù del pignoramento. Questo atto, fissando il rapporto di garanzia, qualunque sia il creditore che lo ha compiuto, dichiara qual sia l'*annata in corso*: è l'annata che si va svolgendo nel tempo in cui il pignoramento è effettuato.

La indagine fatta, oltre a confermare le cose esposte sul fondamento e la natura giuridica della sicurtà reale, dà risultati di gran giovamento nella definizione di molte questioni sulla efficacia di altri privilegî, e della iscrizione ipotecaria (4); e dà pure gli elementi necessarî a ricercare se il privilegio generale sia concesso al tributo del biennio (l'annata in corso e l'antecedente), oppure al tributo di

---

(1) È istituto proprio del vecchio diritto francese; certamente, come si dirà ricercando la origine di questa forma d'ipoteca, non ebbe da solo la virtù di introdurla; ma innegabilmente vi ha contribuito assai. Come se rispetto al patrimonio del debitore, i diversi creditori chirografari si trovassero nella posizione di più creditori in solido; e l'analogia è giustificata dalla *identica* ragione della garanzia, sebbene questa muova da rapporti speciali per ognuno dei concorrenti. Di questa considerazione, e dell'importanza che ha nel determinare quando utilmente si possa inscrivere la ipoteca in virtù di una sentenza, si dirà ampiamente a suo luogo, secondo si è avvertito di sopra.

(2) Modo di acquisto; e la ragione della terminologia sarà dichiarata studiando la *iscrizione* rispetto all'atto col quale è costituita la ipoteca; si scrutinerà, come all'esistenza del rapporto, e rispetto a chi, debba contribuire l'atto che la manifesta: se cioè abbia l'entità attribuita alla *traditio* del diritto romano, ed al *dinglicher Vertrag* del diritto germanico, di fronte al negozio giuridico.

(3) Cod. civ., a. 1126.

(4) V. la n. 1 della p. prec.

Digitized by Google

quella parte dell'annata in corso scaduta nel giorno del pignoramento, e dell'annata anteriore. Perchè, nel dichiarare il privilegio del tributo fondiario, dove la legge adopera, rispetto al termine, espressioni identiche, si suole affermare doversi concedere il privilegio al tributo del biennio (1); nè porgono altra ragione all'infuori della lettera della legge, la quale col dire di annata in corso e dell'antecedente, mostra d'intendere *due* annate; e avvalorano l'argomento col principio fondamentale in materia di privilegio, che deve essere contenuto nei termini chiaramente designati. Questa motivazione non è soddisfacente; tenendo egual modo di ragionare, si potrebbe dire, che adoperata la locuzione *annata in corso*, s'è inteso all'annata intera, perchè l'espressione *in corso* vale ad indicare l'annata, non a limitarne una parte (2). Certo, togliendone argomento dalla ragion tenuta per determinare l'annata, parrebbe necessario doversi restringere il privilegio a parte di essa (3). Infatti, se il momento che la designa è quello in cui il rapporto di garanzia generale comune ai creditori è reso effettivo, la posizione di ognun di loro rispetto al concorso sul valore del patrimonio, dovrebbe essere fissata in quel tempo; nè, senza ledere la eguaglianza che, in principio, esiste tra essi, si dovrebbe continuare al credito, che si riproduce, una prelazione sul valore di cose già entrate nel rapporto di garanzia degli altri creditori.

La qual risoluzione par buona, e non è; non perchè sia errato il principio su cui poggia, ma per la natura del credito, che è fissato, in base ai ruoli, per l'annata intera. Si potrebbe obbiettare, che sebbene il tributo sia determinato così, è tuttavia dovuto a singole scadenze designate dalla legge speciale (4), e che l'intimazione è fatta contro al debitore moroso man mano sono avvenute. Ma la obbiezione non ha valore, perchè la *esigibilità* nulla toglie all'*esistenza*

(1) La questione sarà esaminata in seguito, studiando i termini di esistenza del privilegio per l'imposta fondiaria. Cons. nel senso enunciato nel testo: TROPLONG, op. cit., n. 698 *ter*; e la giurisprudenza italiana, che sarà ricordata nello studio della questione suindicata.

(2) Dato questo significato alla locuzione, *in corso*, la parte del credito che gode del privilegio si dovrebbe determinare secondo i principî dichiaranti la posizione dei diversi creditori di fronte al patrimonio, quando si realizza la funzione di garanzia ch'è in esso.

(3) V. in questione analoga, THÉZARD, op. cit., n. 148, p. 205.

(4) L. 20 apr. 1871 (modificata dalla L. 2 apr. 1882), art. 23.

Digitized by Google

del debito; nè miglior forza ha l'avvertire che la legge, per il potere che ha di estimare la causa di prelazione, avrebbe potuto mantenere espressamente il privilegio alle scadenze successive, come ha fatto per il privilegio speciale del locatore: è da osservare, che nei due casi è identica la entità giuridica del credito, il quale, in tutte le scadenze che gli si riferiscono, si deve considerare come unico rapporto (1).

A sostegno di questa dottrina si possono addurre due gravi argomenti, desunti dalla ragion del privilegio, e dalla sua origine storica. Perchè la prima dimostra, che se la prelazione è connessa alla *qualità* del credito, si deve estendere fin dove con la durata del credito si estende la sua *qualità:* e la seconda, che il privilegio odierno è modificazione di un rapporto, già esistente, di pegno o d'ipoteca, che colpiva la cosa fino al soddisfacimento dell'intero debito. I due argomenti hanno buon fondamento, e si può avvalorarli ancor più, osservando che la legge ha inteso di *limitare la durata del privilegio,* restringendola a due soli anni: cosicchè, questa, e non altra, sarebbe la ragion della locuzione *annata in corso.* Nè s'obbiettino le considerazioni largamente esposte sul sostrato del privilegio, che non induce verun rapporto con la *cosa,*

---

(1) La legge 20 apr. 1871 (art. 29) concede al contribuente di pagare in anticipazione rate non scadute, e obbliga l'esattore a riceverle: ma lo tien garante delle rate anticipate fino ad un mese avanti la legale scadenza. È facile argomentare da questo provvedimento, che la esigibilità nulla toglie all'unità del credito derivante dal tributo; e non fa difficoltà la garanzia ordinata per le rate anticipate, quasi che queste siano crediti separati, indipendenti, perchè mira ad assicurare l'erario, o l'amministrazione provinciale e comunale, contro il pericolo di ritardo nel versamento, o d'insolvibilità da parte dell'esattore. Allo studio ed alla risoluzione della difficoltà, parrebbe possa conferir l'esame della questione sollevata nel diritto romano sull'esistenza dell'ipoteca tacita generale conceduta al Fisco; ha essa nascita al momento della determinazione, o dell'esigibilità del tributo? E pare evidente che la prima delle due risoluzioni sia da preferirsi.

Ora, avvertendo alla ragione dell'ipoteca, pare indubitato ch'essa inerisca all'imposta, e quindi alla determinazione di essa; ma se anche dovesse tenersi la risoluzione contraria, senza discutere se l'ipoteca nata al momento dell'esigibilità non abbracci poi tutto il tributo già determinato, la ragion del privilegio conceduto dalla legge odierna sta nell'entità, e quindi nella determinazione dell'imposta.

S'aggiunga poi, che l'argomento dedotto dai termini posti al privilegio dal locatore poco rileva; la prelazione conceduta al credito anche per le scadenze successive all'anno in corso, è giustificata da quel concetto di unità esistente pure nella imposta determinata ad anno.

Digitized by Google

e sullo stato dei crediti rispetto al patrimonio, fissato nel momento in cui s'effettua il rapporto di garanzia generale; secondo s'è osservato, la *unità* del credito privilegiato non consente di frazionarlo alla parte dovuta nell'annata in corso.

Nessuna difficoltà può sorgere sulla designazione dell'*annata precedente:* determinata qual sia l'annata in corso, per l'altra, o che preceda immediatamente quest'ultima, o che risalga più in là, non importa distinguere, purchè il debito non sia estinto. La legge accorda un favore: nè si può limitarlo secondo si dispongono le annate, perchè nessuna ragione vi ha, per affermare che l'annata anteriore deve *immediatamente* precedere a quella *in corso*, e non ad altra. Ben si potrebbe obbiettare che per tanta larghezza riman pregiudicata la condizione degli altri creditori, dinanzi ai quali mal si scusa la sollecitudine nell'esigere il credito ultimo, e la trascuratezza tenuta rispetto all'anteriore; considerazione ond'è giustificata la restrizion del privilegio. Ma nel dubbio, e sebbene la locuzione adoperata di *annata precedente*, e non di *un'annata precedente* sorregga la osservazione esposta, è miglior consiglio non esagerare la restrizione di un privilegio conceduto a credito che è assai degno di favore (1).

CAPITOLO V.

Privilegî speciali sui mobili, non costituiti per la ragion di pegno proprio.

Generalità.

Sommario. — **100.** Entità di questi privilegi, secondo i risultati della ricerca storica. Rapporto di essi col pegno, l'ipoteca ed i privilegi generali sui mobili. — **101.** Partizione della materia.

100. Ai privilegi generali sul patrimonio mobiliare, s'accompagnano altri detti *speciali*, perchè la causa di prelazione vi è considerata soltanto in relazione ad una cosa mobile determinata: la natura giuridica del privilegio non è diversa nelle due figure, nè muta il concetto della libertà di estimazione che spetta al legislatore

(1) La prelazione è conceduta parimenti al credito per le multe, e le spese occorse a causa del ritardato pagamento dell'imposta? Di ciò si farà ricerca, studiando l'estensione del credito privilegiato, nella teoria generale del privilegio: e l'entità del privilegio speciale immobiliare a favore del tributo fondiario.

Digitized by Google

nell'esaminare e valutare la preferenza da accordare ad un credito posto in confronto di altri; ma nei privilegî speciali la qualità è apprezzata limitatamente ad una cosa. La dottrina antica del privilegio tenne la divisione posta per il pegno, e come questo era *generale* o *speciale*, in egual modo venne distinto il privilegio: i due istituti erano considerati indipendentemente dal contenuto particolare di ciascuno, e assimilati rispetto all'efficacia comune della *prelazione*, potevano ricevere la stessa partizione. La quale si riferiva sistematicamente alle cause di *prelazione in genere*, contenenti o pur no il rapporto proprio di sicurtà reale, distribuite in guisa, che avevano efficacia sul valore del patrimonio intero (distinto più tardi secondo la natura delle cose, in seguito al concetto del privilegio reale) oppure sul valore di una cosa speciale (1).

Restringendo ora il discorso ai privilegî mobiliari, si può desumere dalle cose esposte sul privilegio in genere, e sui privilegî mobiliari generali, quali criterî abbia osservato la legge nell'estimare la qualità dei crediti privilegiati. Nei privilegî mobiliari generali è mossa dalla *utilità* maggiore del credito rispetto agli altri, considerandola in relazione al debitore, ai creditori concorrenti, od all'interesse generale: il primo concetto domina nel privilegio accordato alle spese di infermità, di somministrazione di alimenti, di prestazione di servigî; il secondo, nel privilegio delle spese giudiziali fatte per la liquidazione e la conservazione del patrimonio, garanzia comune dei creditori; il terzo nel privilegio delle spese funebri, e dei tributi (2).

---

(1) L'affermazione fatta nel testo non ha mestieri di larga ricerca che la dimostri; basta di avvertire l'affinità che è tra la materia del pegno propriamente detto, e quella del privilegio, e che indusse molti legislatori a collocare assieme i due istituti. Perchè nell'un caso e nell'altro s'ha la prelazione, e però lo scopo identico generale di essi in rispetto della liquidazione del patrimonio, e del concorso dei creditori; la qual considerazione, studiata nel rapporto con la garanzia e l'esecuzione delll'obbligazione, ha indotto alcunî scrittori a trattare le due materie nella parte delle obbligazioni (V. ARNDTS-SERAFINI, *op. cit.*, §§ 364 e segg.). Ma non si dimentichi, che se il concetto esposto è ben rilevato nel diritto odierno, non così latamente è nel romano, dove il rapporto avvertito del *privilegio* col *pegno* sparisce nella maggior parte dei privilegi speciali, richiedenti per esistere, un'ipoteca legale, in difetto di convenzione. Tant'è, che di questa fusione della garanzia reale e del privilegio s'ha traccia nel diritto odierno, in alcuni casi di privilegi mobiliari speciali, sebbene il privilegio non induca relazione alcuna verso la cosa; della qual entità dell'istituto s'è detto ampiamente.

(2) Distribuzione, che risponde alle considerazioni fatte per dichiarare il motivo dei varî privilegi generali.

Digitized by Google

Certo non si può lasciare in dimenticanza, che la origine storica di alcuni tra questi privilegî si rannoda all'istituto dell'ipoteca; nel diritto intermedio si cercò di spiegare la virtù del privilegio delle spese funerarie, come se vi fosse contenuta un'ipoteca generale: ma del privilegio fiscale non si può dubitare, così nel diritto romano come nell'intermedio, che la sua ragion di essere stia tutta nella *ipoteca legale* conceduta al fisco.

Invece, nei privilegî mobiliari speciali, il criterio che giustifica la prelazione non può essere desunto dalla maggiore utilità del credito, sebbene in qualche caso (1) si possa costruire sul concetto dell'utilità patrimoniale, derivante al debitore dalla cosa cui si riferisce il privilegio, e che è prodotto del credito. Il fondamento storico di questi privilegî, come si esporrà nella trattazione speciale di essi, è dato dal rapporto di pegno o d'ipoteca legale, che il diritto antico ammetteva pressochè in tutti i casi in cui il diritto odierno concede un privilegio speciale; la ragion della prelazione era la *garanzia*, onde la dottrina di alcuni interpreti, che ai crediti assicurati da garanzia legale speciale, davano, soltanto per virtù di questa, la qualità di privilegiati (2), contraddicendo così all'entità giuridica del privilegio. La legge accolse questo concetto, combinandolo con la *estimazione della qualità del credito;* onde nella maggior parte dei privilegî speciali mobiliari, il concetto della *garanzia* in genere è la ragion dell'istituto. In qualcuno, a parte la origine storica dedotta dall'ipoteca legale, il fondamento consisterebbe meglio nell'*utilità* connessa all'interesse generale, e in tal modo si può dichiarare il privilegio dello Stato; che se si vuol riferire quest'ultimo alla qualità della persona creditrice (senza evocare la figura del privilegio personale), gli altri sarebbero giustificati da considerazioni relative alla cosa su cui cade il privilegio; nè perciò è attribuito ad essi il carattere di privilegio *reale*, ristretto, dov'è accolto, alle cose suscettibili d'ipoteca (3).

---

(1) Tale il privilegio per le spese fatte a fin di conservare o migliorare i mobili: chè la conservazione od il miglioramento son cose giovevoli assai alla garanzia comune dei creditori.

(2) È dalla confusione dell'elemento reale. con quello semplicemente personale del privilegio proprio, che nasce la figura del *privilegio reale* nel diritto francese. Basnage, op. cit., c. XIV.

(3) S'avrebbe così una distribuzione generale dei privilegi cadenti su di una cosa mobile determinata, esposta secondo l'antica distinzione dei *privilegia personae* e

Digitized by Google

Il concetto di *garanzia* è tolto qui nei termini più ampî, perchè, se rispetto ad alcuni privilegî, la garanzia che ne è il fondamento è vero rapporto di pegno formalmente costituito, così da doversi dire che la prelazione esprime la sicurtà speciale (1), e rispetto ad altri il pegno, se non esiste effettivamente, è presupposto per dare nascita al privilegio: vi ha casi, in cui la garanzia contiene come un diritto di ritenzione, a favor di chi ha un credito connesso intimamente con la cosa dalla quale il debitore trae vantaggio, e che nel suo valore è soggetta al privilegio speciale. Così avviene del privilegio consentito al direttario per il canone enfiteutico (2); quantunque, generalizzando, si potrebbero giustificare questi privilegî col criterio dell'*utilità* maggiore pei crediti in virtù dei quali entra nel patrimonio del debitore l'utilità soggetta a prelazione: non essendo giusto si acquisti il vantaggio, senza il corrispettivo cui s'è posto mente nel concederlo. Da questa esposizione s'inferisce, che

---

privil. causae: nei quali ultimi non si riproduce il concetto di *privilegio reale*, accolto nel diritto francese, malgrado il riferimento più energico di essi verso la cosa. E la costruzione procederebbe esattamente; privilegi dati puramente in considerazione della persona come si diceva, son quelli conceduti al fisco, richiedendo così l'utilità pubblica: mentre negli altri, la prelazione varrebbe a detrarre dalla garanzia patrimoniale comune la spesa dalla quale è derivato l'aumento di essa, vantaggiosa a tutti i creditori concorrenti.

(1) Concetto già dimostrato: Cod. civ. a. 1958, n. 6.

(2) Il concetto esposto richiederebbe una discussione assai ampia, così sul diritto di ritenzione, come sulla natura del rapporto di enfiteusi, separando in questo l'elemento personale dal reale in cui si confonde. Ora, in generale si può affermare, che in quei privilegi dove s'è detto concorrere a fondamento di essi il concetto del pegno non proprio, si avverte la figura del diritto di ritenzione consentito dalla legge, col favore del privilegio: e di questo si dirà nell'esporre la garanzia contenuta nella ritenzione. Ma si deve pure argomentare dal rapporto stesso cui si riferisce il privilegio: perchè nei crediti derivanti da rapporti bilaterali l'eccezione nascente dal non avere una parte adempiuto alla sua obbligazione induce (malgrado la inesatta figura della ritenzione: p. es. C. civ., art. 1469) il difetto della causa. Dalla quale si può dunque agevolmente dedurre la giustificazione del privilegio nell'enfiteusi e nella locazione; ed anche in altri privilegi dove si fa capo alle figure del pegno non proprio, o della ritenzione. Così l'artefice non è tenuto a rendere la cosa se non riceve il prezzo dell'opera, perchè in questo pagamento ha causa l'obbligazione di dare il *lavoro* suo, che è nella cosa conservata o migliorata; e, come si vedrà in seguito, la ritenzione è qui solamente costitutiva del privilegio. Il quale, per la diversa natura delle cose, e perchè il possesso è già presso il debitore, si esercita senza bisogno di altri elementi, nei crediti del prezzo di locazione, o del canone enfiteutico.

Digitized by Google

nel concetto di *utilità* è contenuta la figura della ritenzione, non formalmente, ma in quanto determina il privilegio: il credito, quale corrispettivo della concessione, è connesso al godimento della cosa, perchè il concedente sol per esso ha consentito ad avvantaggiarne il debitore; e se il privilegio tende a tutelare l'obbligazione di mantener la cosa nel buono stato necessario a produrre l'utilità conceduta, allora, venuto meno il concetto di ritenzione, emerge l'altro della garanzia generale.

101. La ragione fondamentale ora descritta, dichiara come, per l'elemento della garanzia, i privilegî mobiliari speciali siano distinti dai generali, e pone la differenza che separa la entità di questa garanzia generale, ed il pegno propriamente costituito o presupposto; dell'ipoteca non occorre far cenno, perchè limitata alle cose immobili, la sua figura può valer soltanto per indagare storicamente la origine di alcuni privilegî. In osservanza di ciò, si dovrebbe disporre la materia dei privilegî mobiliari speciali, secondo che la ragione loro li riavvicina al pegno, oppure al diritto di ritenzione; ma se la prima parte della distribuzione è corretta, perchè la figura del pegno apparisce in alcuni privilegî nettissima, così da esserne la origine immediata, altrettanto non può dirsi della seconda, dove la ritenzione è figura generica, che non produce la prelazione, ma soltanto la giustifica: e per altra parte, tra questo concetto generico di ritenzione, e l'altro di pegno non proprio, onde il privilegio ha nascita, non è tal distacco che sconsigli di riunire queste cause di prelazione come derivanti dallo stesso criterio, la ragione cioè della garanzia generale, del pegno improprio, che non apparisce per sè, ma concorre a creare il privilegio (1).

§ 1.

Privilegio dello Stato per i crediti dei tributi indiretti.

SOMMARIO. — **102.** Ragion del privilegio. Rinvio alle leggi speciali.

102. L'ipoteca legale privilegiata consentita al fisco nel diritto antico, è, come s'è avvertito, la ragion prima del privilegio statuito

(1) V. la n. 2 nella pag. preced.

Digitized by Google

dalla legge odierna per la riscossione dei tributi: la dottrina del privilegio *reale* dichiara la restrizione del credito privilegiato d'imposta fondiaria al valor del fondo sul quale pesa, e la distinzione dei tributi in *diretti* ed *indiretti* giustifica la limitazione del privilegio per questi ultimi alle cose *mobili cui si riferiscono*. Perchè nel tributo diretto (non fondiario) s'ha in vista la condizione della persona rispetto ad un fatto economico che ha un carattere di permanenza relativa, così da essere possibile la valutazione regolare di esso, e la iscrizione in appositi registri della persona che ad epoche periodiche, fisse, deve pagare la imposizione (1); invece, il tributo indiretto si deve in conseguenza di un fatto accidentale che avviene nella circolazione della ricchezza, e perciò s'intende che imposto sul fatto, il privilegio dev'essere limitato alla cosa mobile che ne è stata oggetto. Nel tributo diretto, la imposizione è ordinata rispetto alla persona; la obbligazione è sua, e si riflette, per l'elemento che vi è contenuto, sul patrimonio del debitore: di qui il privilegio generale mobiliare, per la esclusione avvertita in favore del tributo fondiario. La utilità, dove si badi all'interesse generale contenuto in questa qualità di credito, giustifica bene il privilegio; pure quando s'argomenti dall' entità economico-giuridica del tributo indiretto, si può segnalare il concetto della garanzia: non la persona è imposta, ma il fatto economico, onde un'apparenza di *realità* nel rapporto di credito, manifestantesi con la sicurtà offerta dalla cosa speciale.

La qual sicurtà si manifesta talvolta con la forma *propria* del diritto di ritenzione (2), secondo l'ordinamento che dei varî tributi indiretti è fatto in leggi apposite: tali, la legge sulle dogane (3), sul dazio di consumo (4), sul trasporto dei pacchi postali (5).

---

(1) V. le considerazioni già svolte sulla distinzione delle imposte dirette ed indirette.

(2) L'entità di questo diritto sarà studiata dopo discusse ed esposte le forme speciali della garanzia propria.

(3) T. unico 8 sett. 1889, n. 6387, art. 15.

(4) L. 3 luglio 1864, n. 1827, art. 22; Regol. 27 agosto 1870, n. 5840, n. 57.

(5) T. unico 20 giugno 1889, n. 6151, art. 69, 73. Per le tasse di registro (Legge 13 sett. 1874, n. 2076, art. 89), è conceduto il privilegio mobiliare ed immobiliare, così è ordinato nella legge civile; e privilegiata è pure la tassa ipotecaria (Testo unico 13 sett. 1874, n. 2079, art. 16).

Digitized by Google

§ 2.

Privilegio per il credito del canone enfiteutico.

SOMMARIO. — **103.** Ragione storica di questo privilegio. — **104-105.** Chi possa esercitarlo, e contro chi; su quali cose; per quali crediti.

103. Di privilegio, o d'ipoteca tacita conceduta a garantire il credito del canone, non vi ha traccia nella legge romana: soltanto nell'ultimo periodo della legislazione giustinianea, quando le Chiese furono onorate di insigni favori, contrariamente al diritto comune (1), venne ordinata a beneficio di quelle che avessero conceduto terreni in enfiteusi, l'ipoteca legale sui beni dell'enfiteuta, a garanzia del danno recato al fondo. I commentatori non derivarono da questo fonte la dottrina, tenuta da molti interpreti (2), dell'ipoteca legale consentita al concedente sul fondo enfiteutico, per averne sicurtà al pagamento del canone: la ragion di essa venne tratta dalla relazione che è tra il canone e il diritto di godimento, perchè la cosa del concedente procura all'enfiteuta quella utilità che si suppone essergli stata consentita soltanto in considerazione del canone fissato (3). La qual risoluzione è assai ben fondata, e risponde all'entità giuridica del rapporto reale di enfiteusi; il canone non è (4) oggetto di semplice obbligazione, ma elemento costituente il diritto dell'enfiteuta, che senza di esso manca dell'integrità necessaria: onde, nata insieme al diritto, l'obbligazione che lo concerne si stacca dalla persona, assume un carattere di quasi realità,

---

(1) Nov. 7, c. 3, § 2.

(2) BALD., ad *Auth.* cit.; MERLIN, op. cit., III, 7, 9, 10; SALGALD, op. cit., p. 3, c. 3, nn. 64, 87; VOET, op. cit. ad l. XXIV, t. 2, n. 27; ad l. XXIV, t. 4, n. 19. Contro: JASON., *Repet.* ad L. I, C. *de j. emphit.* (IV, 66), nn. 1, 70; ad L. 2, n. 150, 154 (op., ed. cit.); NEGUSANT, op. cit., p. 4, m. 2, n. 129; ACOSTA, op. cit., r. 2, a. 4, nn. 24-44; RODRIG., loc. cit., nn. 56-60; FULGIN., *Tr. de contr. emphit.* (Romae, 1845), n. 31. La questione era assai dibattuta; ma la pratica forense seguiva la risoluzione che riconosceva al concedente l'ipoteca tacita. V. MERLIN, l. cit.; ZANCH., op. cit. p. 6, § 3, n. 33.

(3) BORSARI, op. cit. sull'art. 1958, n. 2; POCHINTESTA, *Dei privil. e delle ipot.* (Torino, 1880), I, n. 37.

(4) V. CHIRONI, in *Foro it.*, f. XI, 1892.

Digitized by Google

e immedesimandosi nel rapporto di enfiteusi lo segue in tutti i cangiamenti di soggetto che possono avvenire. Esprimendo la cosa in altro modo, si dirà che il canone è onere della concessione, ed entra negli elementi di sua esistenza, perchè concorrendo a determinare il diritto di godimento, lo segue presso chiunque lo acquisti come rapporto reale; e questa relazione giustificante la sicurtà fu attinta in modo così netto, che dovette seguirne la dottrina dell'ipoteca legale conceduta sul fondo censitico al creditore dell'annuo censo, o livello.

A questo insegnamento, malgrado la bontà dei termini onde ha giustificazione (e che hanno maggior rilievo nel diritto italiano dove si concede al venditore l'ipoteca legale a garanzia del prezzo), si oppose la dottrina cui era ostacolo insuperabile il silenzio della legge; i principî resistono a che l'interprete dichiari una ragion legale di prelazione, quando la legge non la ordini in modo espresso, o non la contenga certamente nel suo spirito, ed i fonti non hanno nulla in cui si accenni a questa sicurtà. Specialmente si avvertiva (1), che era conceduta l'ipoteca legale per il credito del tributo, ed al silenzio tenuto rispetto al canone enfiteuticario accresceva importanza la molta analogia tra le due figure (2); a segno da affermarsi non conceduta la sicurtà anche nella enfiteusi ecclesiastica, sebbene favorita di varî privilegi. La pratica tentò di conciliare le due opinioni opposte (3), e argomentando dal fatto che nelle leggi il contratto di enfiteusi è pur chiamato *conductio*, disse spettare all'enfiteuta l'ipoteca legale conceduta al locatore sulle *invecta et illata* (4); al quale temperamento si possono adattare le considerazioni esposte sulla relazione tra il canone ed il diritto di godimento, ritenendo che il concedente abbia trasmesso il diritto alla utilità che la cosa produce o può produrre, soltanto in virtù della prestazione determinata.

---

(1) Jas., l. cit.: dove, argomentando dall'entità giuridica dell'enfiteusi, si afferma, che la concessione dell'ipoteca legale al direttario è al tutto inutile, derivandogli dal rapporto, non come creditore ipotecario, bensì come proprietario, il diritto di espellere l'enfiteuta dal fondo quando non fosse pagato il canone.

(2) Merlin, l. cit; Fulgin., loc. cit.

(3) V. Aut. cit. nella n. preced. Negusant, l. cit.; e i dottori che ricorda nell'esposizione della teoria.

(4) Negusant, l. cit.

Digitized by Google

Questo è il concetto, ond'è mossa la legge odierna nel regolare il privilegio del concedente l'enfiteusi; il quale ha privilegio sui frutti del fondo, perchè si presume ch'egli ha inteso di privarsi della facoltà di goderli a fin di avere il canone, e mancato il pagamento, par difetti nell'enfiteuta la ragion di avvantaggiarsi della concessione. Nel privilegio apparisce dunque, quale sostrato, una garanzia generale, dov'è qualcosa della *ritenzione*, come osservarono i commentatori, dichiarando l'ipoteca legale conceduta sui frutti al locatore del fondo rustico (1), e ravvicinando questa figura alla vendita; ma non si può asseverare vi si contenga davvero il diritto di ritenzione, che spiega la sua virtù direttamente sulla cosa, non sul valore: nè d'altra parte, la natura del diritto di godimento, che qui è reale, consente di affermare siansi mai i frutti trovati in proprietà del *concedente* per la sua qualità di proprietario del suolo (2).

E quando, per la difficoltà di determinare nel diritto odierno la figura specifica della garanzia qui racchiusa, si volesse tenere questo concetto soltanto per dichiarare la ragione storica dell'istituto, la giustificazione del privilegio si potrebbe rinvenire nel rapporto osservato tra il godimento ed il canone, che non ha il rigido significato di mezzo ricognitivo del diritto di proprietà (3). Il venditore ha

---

(1) Voet, al l. XX, tit. 2, n. 2. Ma badisi, di ritenzione vera non si ha la figura nella garanzia generale concèduta nei contratti bilaterali a favore di chi debba dare la cosa, sebbene la legge, inesattamente, la richiami. (V. la n. 2 a pag. 216).

(2) Troplong, op. cit. l, n. 158, giustifica così, e non correttamente, il privilegio che il locatore di un fondo rustico ha sui frutti pendenti.

(3) Che il canone non rappresenti nel diritto odierno il solo riconoscimento del dominio diretto, per il dualismo del dominio che sarebbe nell'entità dell'istituto, par certo, quando si badi allo svolgimento economico-giuridico che questo ebbe nelle provincie italiane. (Cons. Simoncelli, *L'enfiteusi*, Milano-Bologna, 1888). Non s'avverta soltanto alla partizione dei due dominî, considerata astrattamente, ma all'acquisto del godimento, onde alcune forme ravvicinantisi all'enfiteusi (Pozzi, *Saggio teor. prat. di un sist. livell.*, Firenze, 1842, p. I, e art. I-IV della p. II; vol. I, pag. 298-369; Duscio, *Tratt. dell'enfit.*, Napoli, 1852, nn. 7-13; De Pirro, *Dell'enfiteusi*, Lanciano, 1892, c. 1); e da questa fusione del concetto di enfiteusi propria con quello di altri istituti affini, si deve attingere il contenuto dell'enfiteusi come è accolta nella legge civile italiana (v. *Verbali della Commiss. coord.*, n. 38).

Ma, che nell'enfiteusi si voglia senz'altro badare alla dualità dominicale avvertita; oppure al rapporto reale di godimento conceduto mediante un annuo canone, riman sempre a ricercare il fondamento della prelazione. Tolto il concetto dell'ipoteca tacita o legale (Pozzi, op. cit., p. 2ª, §§ e segg.; Duscio, op. cit., n. 58), la considerazione svolta nel testo non pare possa dar luogo a grande difficoltà;

Digitized by Google

il diritto di ritenzione, e l'ipoteca legale, ma non si deve credere che la prima delle due garanzie abbia determinata la seconda: entrambe derivano da un concetto comune, lo scambio cioè dei valori, seguito in modo da non potersi intendere la sicurezza dell'acquisto, se l'acquirente non ha eseguito l'obbligazione nata dalla trasmissione avvenuta. Questa costruzione, in cui se garanzia vi ha, è in senso al tutto improprio e assai generico, non soffre per il fatto che la legge concede il privilegio sui frutti e sulle derrate esistenti nelle *abitazioni* e *fabbriche annesse al fondo*, dal quale gli uni e le altre provengono; d'onde certo non si può dedurre correttamente la figura di rapporto con la cosa, quasi l'aver serbato i frutti e le derrate in quelle fabbriche, significhi averle poste in potere del concedente cui spetta perciò il pegno o la ritenzione. Il fatto è ordinato soltanto a fin di *accertare* la cosa, rispetto a cui esiste la ragion fondamentale del privilegio (1), com'è stata descritta; identificandola in modo, da non potersi dubitare ch'essa è tuttora presso il debitore, il quale ha il diritto di goderne, ma con l'unita obbligazione di pagare il canone.

104. Il privilegio è qualità del credito, e lo segue presso chiunque lo esercita come soggetto del dominio diretto (2), o perchè cessionario

---

vero è (cons. gli Aut. cit.) che, senza bisogno di ricorrere alla figura dell'ipoteca, la realità del vincolo dovrebbe indurre la prelazione, e qui s'avrebbe dunque la ragion del privilegio: ma, come s'avvertirà in seguito, la realità del vincolo, la esistenza dell'onere reale di pagare il canone, è determinata dalla relazione còlta tra di esso e la concessione del godimento (V. le n. seguenti).

(1) Secondo s'è già avvertito, la ritenzione conceduta al venditore nel caso di non effettuato pagamento del prezzo pattuito, è soltanto garanzia, ritenzione impropriamente detta (v. la n. 1 a pag. 221): egli ritiene la cosa, a ciò autorizzandolo la *causa* della sua obbligazione. Del pari nell'enfiteusi; dove, astraendo, come s'è osservato ora (v. la n. precedente), dalla realità del rapporto, la prelazione dipende necessariamente dalla *causa* di esso.

È conceduto il privilegio all'enfiteuta dal Cod. civ. it., art. 1958, n. 2; dal Regol. giudiz. austr., § 117 (per le ultime tre annate); dal Cod. civ. portogh., art. 880, 1: (per le due ultime annate, e per quella in corso).

(2) Secondo i concetti esposti, la risoluzione è giustificata dall'entità del privilegio inerente al credito del canone, intesa in relazione al contenuto del dominio diretto. S'intende, che, salva convenzione espressa, il credito dei canoni scaduti non spetta al successore, per alienazione, del concedente il dominio diretto.

Rispetto al semplice cessionario del credito, la prelazione è giustificata dall'inerire al credito come qualità di esso.

Digitized by Google

del rapporto di obbligazione che vi è contenuto. Della prima ipotesi non è necessario discorrere, perchè s'intende che insieme al diritto del concedente, trasmesso per qualsivoglia titolo, vien trasferito il credito del canone che ne è parte essenziale; la seconda abbisogna di qualche dichiarazione. Si può dubitare, se, dicendo di *cessione del canone,* debba ritenervisi compreso il caso che sia ceduto il canone di una o più annate determinate, oppure il diritto in genere, separando il rapporto reale contenente il *nudo dominio,* da quello di obbligazione contenente la prestazione; e parrebbe che nulla di serio si possa obbiettare a questa separazione, considerando pure l'entità dell'*obligatio ob rem,* dove si richiede la possibilità di agire contro la persona che possiede la cosa, cui la obbligazione si riferisce. Supposta quindi tal separazione di rapporti, non si dovrebbe distinguere rispetto alla cessione, secondo che contenga una o più annualità, od il credito in genere; ma la supposizione, se non affatto erronea, incontra difficoltà non lievi. Basti pôr mente alla conseguenza dell'impossibilità di trasferire coll'enfiteusi l'obbligazione di pagare il canone, se nel negozio non concorre la volontà del creditore cessionario: come poi si potrebbe esercitare il riscatto contro chi si fosse spogliato del diritto del canone, o contro chi avendo soltanto questo rapporto di obbligazione, non ne ha veruno sulla cosa? Come il riscatto potrebbe rappresentar qui la liberazione dal peso fondiario, la integrazione della proprietà? Il diritto del canone non può essere separato dal rapporto reale del nudo dominio, e insieme a questo costituisce il diritto sulla cosa ch'è rimasto al concedente in seguito alla costituzione dell'enfiteusi; il rapporto di credito si intreccia talmente al reale, che, come da un lato la obbligazione inerisce al diritto di godimento, e lo segue presso chiunque succede all'enfiteuta, il diritto che vi corrisponde s'unisce intimamente al nudo dominio. Il canone non è soltanto segno di riconoscimento della proprietà del concedente; rappresenta pure la cosa che nello smembramento del dominio è stata sostituita al godimento, e perchè questo è separato come rapporto reale distinto, senza che abbia figura di peso sul fondo (1), esso, nei due aspetti descritti, è elemento costitutivo del negozio. Inerisce cioè ai due rapporti che necessariamente son posti a contatto con la costituzione dell'enfiteusi, e come la obbligazione

(1) Nell'enfiteusi vi è smembramento del dominio, non peso, onere reale, come avviene nella servitù. V. Chironi, *Istit. di D. c.*, I, § 198.

Digitized by Google

di pagarlo segue il rapporto dell'enfiteuta col fondo, il diritto di esigerlo segue il rapporto che verso di questo è rimasto al concedente; l'obbligazione è annessa al dominio utile, il diritto al nudo dominio, onde la indivisibilità della prestazione (1).

Le applicazioni di questo risultato, che pare risponda esattamente ai principî, son varie e notevoli: qui basterà presentarne due, che

---

(1) BART., ad L. 1, D. de comm. div. (*Opera*, ed. cit.); JAS., *ad* L. 1 *C. de j. emphit.* (ed. cit.); MERENDA, *Controvers.* (Bruxell., 1745-46), l. 24, c. 21, deducono la indivisibilità dal considerare nel canone la ricognizione del dominio diretto: v. VOET, op. cit., l. VI, t. 3, n. 37, 38. Si osservò da altri, che gli eredi non possono mutare la natura dell'obbligazione (FULGINEUS, op. cit., n. 29 e segg.); ed altri poi notava, che sebbene l'entità dell'obbligazione di pagare il canone non contenesse indivisibilità, pure vi fosse la *individuitas solutione;* MOLIN., *De contr. disp.* (op. ediz. cit.), L. 60, n. 7. Per contrario, molti dottori affermavano la divisibilità; perchè l'obbligazione di pagare il canone non cade sopra un oggetto di cui sia impossibile la divisione in parti (MANTICA, *De tac. et amb.*, XXII, 27, n. 17 e segg.).

A questa ricerca era strettamente congiunta l'altra dell'esistenza della tacita ipoteca a favor del concedente per il credito del canone; e sebbene, con l'ammetterla, rimanesse distinta l'azion personale dalla reale ipotecaria, non è a credere che, per la ragione data a fondamento dell'ipoteca, l'ammissione non avesse effetto sulla questione dell' indivisibilità. E di ciò si ha traccia anche nella dottrina odierna: dove a qualche autore (PACIFICI-MAZZONI, *Della enfiteusi:* append. al tratt. della *Vendita*, Firenze, 1878, II, n. 18) è parso che il privilegio ordinato nella legge odierna a favor dell'enfiteuta, abbia qualcosa di *reale* sui frutti; e con la stessa giustificazione data su questo punto, dimostra la indivisibilità. Ora è da osservare, che se la distinzione dell'azion personale dalla reale risponde alla connessione dei due elementi che da molti si osservava nell'enfiteusi, ed ancor oggi è avvertita da molti (v. da ultimo Prog. del Cod. civ. germ., §§ 1058 e segg., ed i *Motiv.*, III, pag. 590 e segg.) nell'*onere reale*, la confusione, meglio che la connessione dei due termini, mostri come l'elemento obbligatorio, personale, sia talmente unito al reale, da aver questo tale prevalenza da assorbirlo (v. ora CHIRONI, in *Foro ital.*, cit.). Nè altra era la manifestazione della pratica (FULGIN., l. cit., q. 31), con la *consuetudine* di far inserire nella instituzione dell'enfiteusi il riservo espresso del canone.

Così, la soluzione esposta nel testo è derivata interamente dalla natura giuridica dell'onere reale; nè correttamente ragiona chi (BORSARI, op. cit. sull'art. 1565, § 3633, n. 2ª), pur ammettendo la indivisibilità qual conseguenza del contratto, ne modifica gli effetti in materia di devoluzione del fondo, se il creditore abbia accettato pagamenti parziali. Si è tentato di dimostrare la teoria contraria, argomentando dai lavori parlamentari occorsi per la legge 10 agost. 1862, speciale alla Sicilia (DE PIRRO, op. cit. n. 52); ma, pur ammettendo l'esatto indirizzo della ricerca, è d'uopo riconoscere che nel Codice nulla vi ha da cui si possa derivare la divisibilità del *canone enfiteutico*. Cfr. a sostegno della divisibilità la monogr. del MANCINI (*Filangieri*, 1881, pag. 385 e segg.); Cass. di Palermo 4 genn. 1876 (*Foro it.*, 1876, I, p. 351); ed in senso contrario la nota del DE CRESCENZIO (p. 351 e segg.).

Digitized by Google

rispondono alle due questioni proposte per compiere la costruzione della teoria. Del privilegio si può valere chi ha diritto di esigere il canone, in qualità di soggetto del dominio diretto; o di cessionario di una o più annualità (o rate periodiche di essa); o di un rapporto reale di godimento, perchè se il canone inerisce al nudo dominio, è ben possibile di farne la costituzione (1). E può essere esercitato sul valore dei frutti e delle derrate provenienti dal fondo, qualunque sia la persona cui, anche se fosse intervenuto il consenso del concedente, fosse stata trasmessa la semplice obbligazione di pagare il canone; s'intende, che se questa fosse trasferita con la enfiteusi, non si avrebbe difficoltà (2). La surrogazione passiva, debitamente costituita, vieta al creditore di rivolgersi contro la *persona* dell'enfiteuta, ma il credito è elemento della costituzione di enfiteusi, dei rapporti che ne derivano, e perciò, non essendo possibile separare la obbligazione dal rapporto reale di godimento, il concedente conserva il privilegio sui frutti, e la garanzia (in senso improprio) della devoluzione (3).

105. Una terza conseguenza, che si può anche dedurre da altre considerazioni, si trae dalla costruzione proposta, rispetto alle cose sul valor delle quali può essere esercitato il privilegio. Se il canone è elemento essenziale del rapporto di godimento spettante all'enfiteuta, e se, determinando la separazione di esso dal rapporto che rimane al concedente, integra questo come se nel rapporto di proprietà rappresenti quel diritto che ne fu staccato, le garanzie ordinate per il pagamento di esso, debbono cadere di necessità su quel godimento, che ha una ragion di essere nella fissazione e nell'esatto soddisfacimento del canone. Perciò, è giusto che il creditore del canone impagato abbia azione rispetto al godimento, considerato astrattamente, e possa chiedere la devoluzione (4), perchè col fatto del non soddisfacimento vien meno la causa dello smembramento, contenuto nell'enfiteusi; e che abbia pure la prelazione sul valore delle cose in cui il diritto di godimento toglie apparenza certa, i frutti

(1) L'usufrutto.

(2) In conseguenza dell'onere reale, l'obbligazione vien trasferita col dominio della cosa onerata.

(3) Cod. civ., art. 1565.

(4) Il privilegio ha il fondamento ch'è stato avvertito; la devoluzione è conseguenza della bilateralità del rapporto, e si connette alla *causa* del negozio.

Digitized by Google

cioè che derivano o son derivati dal fondo enfiteutico. Così la costruzione assume aspetto compiuto, perchè questa nuova applicazione dei principî descritti, mostra come il canone entri essenzialmente nei due rapporti, che in seguito all'enfiteusi, esistono sul fondo: in ambi aspetti, esso ha virtù di causa della concessione, e però la garanzia (in senso generico) sull'oggetto di essa (diritto di godimento) o sul prodotto (i frutti pendenti, o raccolti, derivati dal fondo). Questa parte della costruzione può essere dichiarata col principio della garanzia, al quale s'è accennato studiando in genere la entità dei privilegî mobiliari speciali; il diritto di enfiteusi è entrato nel patrimonio dell'enfiteuta, soltanto in virtù dell'obbligazione di pagare il canone, e perciò è giusto che sulla cosa acquistata (godimento) sia preferito quel credito che ha determinato l'acquisto: per il concedente, questa obbligazione è causa della volontà manifestata rispetto alla concessione, e per gli altri creditori si può osservare che l'accrescimento avvenuto nel patrimonio del debitore, e quindi nella garanzia generale loro, è conseguenza del rapporto alla cui esistenza si connette quel credito. Il privilegio ha in ciò una grande giustificazione; non si può concedere ai creditori di trarre vantaggio da un fatto, dov'è presupposto il soddisfacimento del credito che vi ha dato causa.

Le due considerazioni dichiarano con pari esattezza la limitazione delle cose cui si riferisce il privilegio: i frutti pendenti del fondo enfiteutico (1) e quelli raccolti nell'anno, e le derrate provenienti dal fondo, purchè si trovino nelle abitazioni e fabbriche che vi sono annesse. Come si è osservato, è parso a molti nell'intendere la provvisione quasi eguale fatta per il privilegio del locatore, che qui s'abbiano elementi bastevoli a dir fondato il privilegio su di una specie di pegno, quasi il concedente tenesse i frutti e le derrate nel poter fisico suo, dal momento che son racchiusi in locali di sua

(1) Sorge ancor qui la questione sollevata rispetto al privilegio del locatore, se nella prelazione vengano soltanto i frutti raccolti, oppure anche i pendenti; la locuzione della legge « *frutti raccolti* », ha dato origine al dubbio. Del quale si dirà nello studio del privilegio conceduto al locatore (v. il § seg.); ma giova notar fin d'ora, che la ragion della legge non consente la distinzione, e che nei frutti pendenti il fatto della loro origine non abbisogna di altro elemento di certezza, per il modo col quale si presenta. E si pensi, che avvenuto il sequestro dei frutti pendenti (Cod. proc. civ., a. 610), si deve astrattamente considerarli come separati dal fondo.

Digitized by Google

proprietà; e vi ha taluna parte dei lavori preparatorî della legge francese (1), dove son fatti riflessi che mostrano il proposito di costruire un tale argomento. Ora, come si dirà meglio in seguito, qui non vi ha pegno (2) e la legge romana ordinò a favor del locatore l'ipoteca legale: che questa ipoteca sia la ragione storica del privilegio odierno, non si contesta; ma nella entità dell'istituto, non vi sono i termini su cui reggonsi i concetti d'ipoteca e di pegno. Il contenuto del privilegio giustifica questa determinazione di cose; perchè s'esso deriva dalla natura giuridica del canone, e dalla relazione sua col diritto del concedente e con quello dell'enfiteuta, la garanzia (in senso generico) che si manifesta nel privilegio, deve cader sui *prodotti* del fondo, in cui si concreta il diritto di godimento; perciò la necessità che questi prodotti (*frutti* e *derrate*) sia ben accertato che son provenienti dal fondo (3). La quale provenienza meglio non si potrebbe assicurare, se non coi modi ordinati: come sarà descritto più particolarmente nello studio sul privilegio del locatore, dove si hanno notizie, che per la somiglianza della disposizione, si possono applicare al privilegio dell'enfiteuta (4).

106. Il qual privilegio dalla legge è conceduto per il credito del canone dell'anno in corso e dell'antecedente (5): e parrebbe, che, osservati i termini della causa di devoluzione (6) derivante dal non pagamento del canone (due anni), si possa avvertire grande corrispondenza fra le due disposizioni, come se la legge abbia inteso di dar privilegio soltanto per quella quantità di debito, che per non essere soddisfatta può determinare la risoluzione dell'enfiteusi. Considerazione non al tutto esatta; la legge non ha inteso di coordi-

(1) V. il § seg.

(2) Cfr. Pacifici-Mazzoni, *Priv. ed ipot.* (Firenze, 1879), I, n. 40, p. 95.

(3) Ma si dovrà ritenere che i frutti raccolti nell'anno sono soggetti al privilegio, anche se esistenti in fabbriche non annesse al fondo? Anche qui la locuzione della legge non giustifica una distinzione, senza la quale parrebbe contenuto il privilegio in termini diversi da quelli ordinati? La difficoltà sarà esaminata nello studio del privilegio del locatore, rispetto al quale occorre per identità della locuzione legislativa (v. § seg.); e si dimostrerà che le considerazioni esposte nel testo, sono convalidate dalla ragione storica della prelazione.

(4) V. il § seguente.

(5) C. civ., a. 1958, 2°. Sul significato di questi termini s'è già discusso a lungo; nè importa sia rinnovata qui la ricerca.

(6) Cod. civ., a. 1565.

Digitized by Google

nare la garanzia al pagamento dell'ultimo biennio; e per accertarsene, basta si pensi che il biennio il quale per la devoluzione deve essere compiuto, non s'accorda con l'annata in corso del privilegio; essa le coordina in modo che il privilegio soccorra il concedente quando manchi il termine per chiedere la devoluzione, e questa lo protegge quando i termini del non effettuato pagamento eccedono quelli cui è ristretto il privilegio. La ragion della legge consiste nella necessità di conciliare la causa della prelazione col diritto degli altri creditori, i quali non debbono aver danno, se al concedente piacque di lasciar accumulare il debito di più annualità; la sua negligenza non può diminuire legittimamente la garanzia generale che loro appartiene (1).

Questa considerazione darebbe motivo ad interpretare la locuzione adoperata dalla legge come se il privilegio non dovesse comprendere il credito del canone di due annate; nè il dubbio è nuovo, perchè le considerazioni su cui regge, son state a lungo dichiarate nella spiegazione del termine *annata in corso* (2), pure adoperato per altri privilegî. Si potrebbe quindi affermare, che nell'ultima annata è dato privilegio soltanto a quella parte di canone misurata rispetto al tempo in cui, per l'atto del creditore, o di un creditore, il rapporto di garanzia generale fra i creditori ed il patrimonio del debitore, vien posto in essere: s'intende, che, per la differenza posta dalla legge tra il patrimonio mobiliare e l'immobiliare, l'atto descritto si deve riferire a quello, quando per la relazione che può esistere tra la cosa mobile e l'immobile sul quale altri proceda ese-

---

(1) E per le *scadenze* successive? V. la n. seguente.

(2) La difficoltà d'intendere correttamente questo termine esprimente l'estensione del credito privilegiato, è risoluta dai concetti esposti sul fondamento dell'obbligazione di pagare il canone, e del privilegio che la garantisce. Perchè, argomentando da essi, il privilegio apparisce come necessaria manifestazione di un onere reale: e quando si avvisasse a ciò, non parrebbe al tutto strana l'analogia tra il privilegio del creditore pignoratizio e quello dell'enfiteuta. (Cfr. Pacifici-Mazzoni, l. cit.). Nè rileva se il privilegio è poi limitato al canone scaduto ed a quello dell'anno in corso, perchè l'obbligazione di pagare il canone, non è come quella del locatario obbligazione unica a scadenze diverse: è onere reale inerente al diritto reale di godimento, ed il valor dovuto si concretizza in una prestazione periodica. La quale è determinata dalla legge all'*anno*, quantunque possa essere diversa quella stabilita nella costituzione del rapporto: e dentro questo termine, il credito ha quella unicità, per cui non è possibile frazionarlo in relazione alla parte dell'anno in cui è avvenuto il fatto che dà causa all'esercizio del privilegio.

Digitized by Google

cutoriamente, non le comprenda entrambe. Secondo la stessa costruzione proposta rispetto al patrimonio, considerato qual garanzia generale, comune, dei creditori, lo *stato* dei crediti dev'essere giudicato com'è nel momento in cui tale garanzia si realizza: i crediti posteriori (all'infuori di un espresso favore della legge) non possono godere di una prelazione che lederebbe questo rapporto dei creditori. Ma contro queste osservazioni, riman sempre la ragion di decidere, di già accolta, che cioè, pur accogliendo il principio, ciò non impedisce duri la causa di prelazione, quando il credito si deve considerare come uno, identico, malgrado le scadenze successive: nè rileva che rispetto all'enfiteuta non s'abbia una semplice obbligazione di pagare il canone, qual corrispettivo del godimento che il concedente siasi obbligato a prestargli, e che il concedente eserciti un diritto inerente al suo rapporto con la cosa; l'unità del credito non può essere vòlta in dubbio.

Come s'è avvertito per il privilegio dello Stato, la interpretazione se non deve estendere il privilegio, così non deve restringerlo, perchè in ogni caso violerebbe la legge dalla quale dipende la estimazione della qualità del credito; perciò, consentito il favore per il credito di un anno, o dell'annata in corso, non si può asserire sia l'anno quello che precede direttamente quest'ultima: può bene essere un altro anno qualunque. Il termine rigoroso è l'annata in corso, perchè dal non intenderlo con esattezza, si fraintende la natura giuridica del privilegio, e si viola il diritto dei creditori.

§ 3.

Privilegio del locatore.

SOMMARIO. — **107-110.** Origine storica di questo privilegio. La *perclusio;* il pegno sui frutti. Delle *invecta et illata* nei fondi rustici. Ipoteca legale conceduta al locatore: trasformazione sua nel *privilegio odierno*, che serba in qualche parte le traccie di sua origine. Fondamento unico di esso, inteso rispetto ai fondi urbani ed ai rustici. — **111.** Partizione della materia.

107. Nel privilegio consentito dalla legge al credito del locatore di fondi rustici e di urbani, s'ha esempio di un ricorso molto interessante a indagare; anteriormente all'epoca in cui la dottrina ro-

Digitized by Google

mana costruiva il concetto di pegno tacito a favor del locatore (1), questo aveva un *privilegium exigendi*, non disgiunto affatto da un rapporto sulla cosa; e la legge odierna ritorna in gran parte all'antico ordinamento. Sceverare gli elementi che sono concorsi a costituirne il fondamento, è dichiarare la ragion del privilegio, ed i suoi termini.

Del contenuto e dell'anteriorità della *perclusio* rispetto all'ipoteca legale sulle *invecta et illata*, si dubita assai; perchè se ad alcuni pare quell'istituto antichissimo (2), altri ritiene sia stato introdotto quando questa ipoteca, da speciale che dovette essere in principio, diventò generale (3), così da comprendere indeterminatamente le cose introdotte nella casa del locatore: la qual generalità apparirebbe confermata dalla possibilità di disporre delle cose speciali, secondo si può dedurla dalla decisione accolta per la manomissione (4). E sull'entità della *perclusio*, si suole affermare che vi è racchiusa la convenzione del pegno, come s'inferisce dal testo dell'interdetto *de migrando* (5): convenzione espressa da principio, e, per essere diventata abituale nei contratti di locazione di case, presunta poi dalla legge nel silenzio delle parti.

A questa dottrina si possono opporre obbiezioni assai gravi. Mal s'intende il fatto del poter sulla cosa, acquistato in seguito alla *perclusio*, se con essa si manifesta la ipoteca preesistente (6); nè si mettono d'accordo i due concetti, considerando la natura dell'ipoteca generale quasi vi fosse contenuta la possibilità di disporre delle cose speciali prima che la scadenza avesse determinato l'esigibilità del debito, perchè ciò contraddice alla virtù della garanzia di già esistente, ed i passi che accennano a tal possibilità pongono evidentemente un'eccezione alla regola. I frammenti stessi mostrano

---

(1) L. 2, D., *in quib. caus.* (XX, 2); l. 7 pr. D *h. t.*; L. 24, § 1; l. 53 D. *loc.* (XIX, 2). Cons. VANGEROW, op. cit., § 376; SINTENIS, op. cit., § 31; DERNBURG, op. cit., §§ 35 e segg. V. specialmente WÄCHTER, *D. Vorzuger.*, *d. Vermieth.*, *n. römisch.*, *u. mod. R.* (Zur., 1885), 1 e segg.

(2) JOURDAN, op. cit., cap. XII, p. 99.

(3) ASCOLI, l. cit. nel cap. I.

(4) L. 6, D., *in quib. caus. pignus tac.* (XX, 2); L. 2; l. 3 C. *de servo pign. dato manum.* (VII, 8).

(5) ASCOLI, l. cit. e Aut. che cita; JOURDAN, l. cit., p. 98, n. 5.

(6) Perchè con l'ipoteca si doveva intendere costituito il rapporto reale sulla cosa.

Digitized by Google

come la differenza tra il pignoramento effettuato con la *perclusio*, ed il pegno convenzionale apparisse nettamente alla mente di qualche giureconsulto (1), anche quando non poteva essere che ricordo storico, per la nuova figura del pegno convenzionale tacito; e, finalmente, la dottrina esposta non spiega il rapporto che può e deve esistere tra la *perclusio*, ed il pignoramento dei *frutti* a garanzia del locatore di fondi rustici. Il riconoscimento del pegno legale in ambi casi fa supporre l'identità dell'origine storica dei due istituti, e della causa che ne indusse la trasformazione.

Queste difficoltà spariscono, quando si pensi all'istituto della *pignoratio*, quale dovette essere in origine, e se ne ricostruisca la figura con gli elementi forniti dal più antico diritto germanico, e dal franco. Nella società antica, il diritto è la forza individuale, e come la forza privata decide da principio le controversie, così provvede direttamente alla esecuzione della obbligazione con l'apprensione di cosa (mobile) contenuta nel patrimonio del debitore; e come il primo intervento del potere sociale nei giudizî si effettua togliendo ad oggetto della disputa la giustizia od ingiustizia della forza brutale adoperata (2), così dovette seguire per il pignoramento privato. Le leggi germaniche (3) ordinavano pene contro chi senza diritto (p. es. se non fosse creditore) procedesse a tal pignoramento, ammesso da principio con poche restrizioni (4); e nel diritto franco (5) *gagiare* significava *prendre sans iustice:* con che si autorizzava il pignoramento privato. Il quale venne limitato in seguito; e nel di-

---

(1) Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventione manifestari pignoris nomine tenentur, *quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhabitantes autem manumittimus, scilicet antequam pensionis nomine percludemur; tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus.* L. 9, D. *in q. caus.*, cit. Paul., (*L., sing. de off. Praef. vig.*).

(2) V. in seguito quel ch'è detto rispetto all'*actio sacramenti:* non altro pare sia il carattere storico-giuridico della scommessa, e poi della multa cui si riferisce la condanna.

(3) In Roth., 251, 252; Liutpr., 41. Su questi argomenti, sull'applicazione particolare dell'istituto alla garanzia del locatore, e sul fondamento giuridico di essa, cons. Bethmann-Holweg, op. cit., IV, § 69; Siegel, *Gesch. d. deutsch. Gerichtswerf.* (Giess., 1857), § 5; Nani, op. cit., p. 121 e segg. V. Wilda, *D. Pfändungsr.*, in *Zeitschr. f. d. R.* (I. p. 168 e segg.), e la teoria che espone (p. 217 e segg.). Pel diritto inglese, v. Blakstone, *Comm. s. les l. angl.* (trad. Chompré, ed. 1839), III, 6.

(4) Wilda, l. cit. ed Aut. cit. nella n. precedente.

(5) Laurière, *Gloss. du dr. fr.* (éd. 1882), v° *simple gagerie.*

Digitized by Google

ritto francese consuetudinario (1) ridotto a pochissimi casi (2): segnatamente a garanzia del credito del locatore di case: *je puis prandre à mon hoste, por le loier de meson, en le meson: et hors, non sanz iotice* (3). Alcune di esse ordinavano che il pignoramento si dovesse eseguire da un pubblico ufficiale (4), ma questa norma sull'esecuzione non limitava il diritto del locatore a procedervi senza bisogno di autorizzazione del giudice (5).

I fonti dànno testimonianza che l'istituto del pignoramento privato si svolse nel diritto romano in modo identico; nell'*actio sacramenti*, s'ha una forma generale adattabile ai varî rapporti, e l'intervento del giudice vi apparisce qual mezzo di conoscere e decidere se la forza, esercitata realmente dapprima, fittiziamente poi, lo sia stata con diritto: alla dichiarazione dell'ingiuria seguiva la decisione del giudice rispetto alla multa o alla scommessa (6). Nè diversa è la natura dell'interdetto: col quale il pretore impone una misura diretta a restringere l'uso della forza privata, e il giudizio che poteva seguire al provvedimento, vertiva sul conoscere se chi non lo aveva osservato avesse ciò fatto o pur no con diritto (7). Dell'esercizio di forza privata dà esempio la *perclusio*, pignoramento privato (come nel diritto franco) del cui giusto esercizio il pretore poteva conoscere in origine con l'interdetto *de migrando* (8): la qual guarentigia, e la convenienza della sicurtà, spiegano come la *perclusio* abbia potuto sussistere dopo che la legge restrinse nei confini più angusti la facoltà d'impiegare senza ingiuria la forza privata. E, sempre argomentando dallo sviluppo dell'istituto, e dall'analogia che ha col diritto franco, si può affermare, che nei primi

---

(1) V. i fonti cit. nella n. 3 a pag. prec.; e su questo argomento cons. NANI, l. cit., e SOHM, op. cit., §§ 5 e segg.

(2) V. i fonti esaminati in ESMEIN, op. cit., p. 110 e segg.

(3) *Livre de Iost., et Plet* (ed. cit.), IX, 4, 1.

(4) *Cout. d'Orl.*, a. 406. Cons. POTHIER, *Louage* (ed. cit.), 270.

(5) I fonti italiani hanno pure un'eguale disposizione: la *pignoratio* per autorità del locatore è conceduta *licentia a curia non petita*. V. PERTILE, op. cit., IV, p. 498 e 578. E quando si voglia risalire oltre al diritto romano, s'ha testimonianza di analogo ordinamento nel diritto greco: BOECKH, *C. inscript.*, n. 93, riportata in TELFY, op. cit., p. 392, 393, nn. 1529, 1530.

(6) GAI., IV, 13.

(7) GAI., IV, 141.

(8) L. I D. *de migr.* (XLIII, 32).

Digitized by Google

tempi il locatore poteva procedere alla *perclusio*, senza l'assistenza di un pubblico ufficiale; e come in seguito, conciliato questo diritto con le attribuzioni del potere sociale, la esecuzione (inventario e chiusura), ne fosse affidata al prefetto dei vigili (1).

A queste due provvisioni (interdetto; presenza di un pubblico ufficiale), con le quali si volle limitare l'esercizio della forza privata, e rilevare l'autorità del potere sociale, seguì, specialmente per opera dei giureconsulti, una costruzione, diretta a togliere alla *perclusio* il suo carattere originario, come troppo discordante dai nuovi principî. Nella *perclusio*, il pignoramento era effettuato quando alla scadenza non fosse pagato il prezzo dell'affitto; ora è probabile, che a fin di garantire più seriamente il locatore, rispetto al tempo intermedio, ed alla qualità dei mobili che l'inquilino si obbligava d'introdurre nella casa locata, siasi ricorso alla convenzione di pegno su queste *invecta* (od *inferenda*) specialmente designate: e, perchè nulla vi si opponesse, è pur probabile che l'interdetto *de migrando* sia stato adattato anche a questa garanzia sulle *invecta et illata*. I giurenconsulti (2), lavorando su questi due elementi, la necessità di condannare la forza privata, e l'uso della convenzion del pegno, costruirono, per il caso di mancanza della convenzione, la figura del pegno convenzionale tacito; e dell'interdetto *de migrando*, in cui originariamente non si poteva accennare a convenzione alcuna (3), fu commentata e conservata la formula, che contenendo l'elemento convenzionale, si addiceva così al pegno espresso, come al tacito. Ma che fino agli ultimi tempi esistesse la *perclusio* (con l'interdetto) nell'entità originaria, qual pignoramento privato, assieme alla *perclusio*, qual modo di esercizio del pegno convenzionale: o che almeno, la figura originaria della *perclusio* rimanesse

---

(1) Ascoli, l. cit.

(2) Lo svolgimento della procedura, così nella parte cognoscitiva della controversia, come nell'esecutiva, e lo sviluppo del concetto della colpa, mostrano l'esattezza di quanto si è esposto sulla forza individuale, e sull'azione dell'autorità pubblica diretta ad eliminarne la virtù giuridica.

(3) Affermazione che deriva necessariamente dalla figura della pignorazione privata. E nel testo dell'editto secondo è riportato nel frammento intestato ad Ulpiano (L. I, D. *de Migr.* cit.), si può benissimo separare la parte relativa alla restituzione delle cose *illata*, e precluse malgrado il pagamento della mercede. Effetto limitato, che corrisponde ai concetti esposti sulla restrizione posta dall'autorità all'esercizio ingiusto della *pignoratio*.

Digitized by Google

nella contraddizione tra la figura del pegno convenzionale tacito e la possibilità di manomettere, è ben dimostrata da un passo di Paolo (1). Afferma il giureconsulto, che l'effetto della *obligatio rerum propter pensionem,* e altro da quello che ha il *pignus manifestarium:* nel primo il poter sulla cosa nasce quando sia effettuata la *perclusio,* e nel secondo si ha da prima: onde la differenza rispetto alla legittimità della manomissione (2).

108. Da queste considerazioni si trae una conseguenza assai notevole, rispetto all'origine della ipoteca convenzionale tacita sui frutti, a garanzia del locatore di fondi rustici; il suo diritto sui frutti dovette essere costituito da principio col pignoramento privato, che forse si effettuava quando alla scadenza non fosse pagato il prezzo di affitto, e, come per le *invecta et illata* nei fondi urbani, così per i frutti dei fondi rustici, non tanto l'abitudine di pattuire il pegno, ma la consuetudine di tal pignoramento dovette spingere i giureconsulti a costruire la dottrina del pegno convenzionale tacito. E la ragione del pignoramento era identica nei due casi: il locatore concedeva il godimento della cosa locata, e si teneva che lo avesse consentito a causa del prezzo promessogli in corrisponsione; cosicchè, mancato questo soddisfacimento, era giusto sospendesse quel godimento che si era obbligato di prestare. Il godimento sui fondi rustici è rappresentato specialmente dai frutti, che sono prodotto naturale della cosa: nei fondi urbani, dall'uso che ne fa il locatario, dalla utilità che ne trae immediatamente col servirsene, e siccome per questo fine vi deve introdurre cose con le quali attingere il godimento pattuito, così il locatore pignorandole, agisce secondo il suo diritto, ritenendo il godimento promesso.

E dalla conseguenza esposta, s'inferisce pure la ragion della distinzione proposta tra i predî urbani ed i rustici, rispetto alle *invecta et illata,* perchè in questi ultimi il godimento ha la sua forma naturale, consiste nei frutti; nè per dargli apparenza materiale, era necessario di ricorrere ai *mezzi* impiegati per ottenerlo. Così s'in-

---

(1) L. 9, D. *in quib. caus.*, (XX, 1 cit.). S'intende, che tolto ogni effetto giuridico all'esercizio della forza privata, sia stata conservata quella figura dell'interdetto che risponde al concetto del pegno, e perciò all'inesistenza ed alla cessazione della garanzia.

(2) L. 9, D. cit.

Digitized by Google

tende come nel rescritto di Alessandro (1), variamente dichiarato dagli interpreti, dove si accenna ai termini di volontà e scienza del locatore, si voglia accennare alla convenzione espressa rispetto a determinati oggetti, oppure alle *invecta et illata* in generale: la semplice scienza del locatore non poteva dare l'elemento convenzionale necessario a modificare il concetto originario, e giusto, del godimento (2).

109. Nel diritto intermedio, la dottrina romana ebbe in alcuni paesi due modificazioni notevoli: una, non grave, estese ai fondi rustici il concetto di godimento com'era inteso per gli urbani, e le *invecta et illata*, tenute qual mezzo necessario per avere i frutti del fondo locato, qual manifestazione della utilità, vennero comprese nella garanzia del locatore (3). La seconda derivò dal principio accolto rispetto ai mobili, che non fossero cose suscettibili d'ipoteca (6); la necessità di conciliare questa dottrina con l'altra della garanzia dovuta al locatore, indusse molte consuetudini ad ordinare che al locatore spettasse il privilegio sulle *invecta et illata*, è tolto il vincolo dell'ipoteca, la *perclusio* riprendesse la sua figura originaria di poter sulla cosa, acquistato in seguito al pignoramento (4), eseguito da un pubblico ufficiale (5); alcuni dottori ritennero (6), che prima della *perclusio*, il locatore avesse diritto di agire contro le alienazioni fatte dal conduttore in frode dei suoi diritti, e riportare nella casa locata i mobili alienati in tal guisa; ma senza il concetto (non applicabile) dell'ipoteca, la mala fede non basta a giustificare quest'azione di-

---

(1) L. 5, C. *de loc. et cond.* (IV, 65): « *certi iuris est, ea quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini; nam ea quoque pignoris iure tenentur* ». Su questa L. cons. BACHOFEN, op. cit., p. 21 e segg.; DERNBURG, op. cit., § 37, p. 312; VANGEROW, § cit., adn. I.

(2) Quando pure si volesse dare significato diverso ai due termini *voluntas* e *scientia*, la interpretazione esposta non muterebbe; perchè l'imperatore avrebbe detto, che nel caso d'*invecta* nei fondi urbani, non occorre neppur la semplice scienza del locatore.

(3) PERTILE, l. cit.; VOET, op. cit. *ad C.* XX, tit. 2, n. 3; BASNAGE, op. cit., c. XIV; POTHIER, *La procéd. civ.* (in *Oeuvres*, ed. cit.), n. 194; e *Louage*, nn. 227, 228,

(4) V, su questo argomento la n. 3 a pag. 238.

(5) LAURIÈRE, s. l'a. 170 *de la Cout. de Paris* (N. 1709).

(6) BASNAGE, op. cit., cap. IX.

Digitized by Google

retta sulla cosa. Si pensò pure alla figura del diritto di ritenzione; senonchè, secondo la dottrina romana la teoria non risponde agli effetti ch'esso produce, e secondo la legge odierna la costruzione ha non poche difficoltà; nè altro è forse l'intendimento che si desume dai lavori preparatorî della legge francese, dove la ragion del privilegio consentito al locatore è fatta consistere in un rapporto *improprio* di pegno (1).

Onde la teoria odierna, che distingue il fondamento del privilegio, secondo che cade sulle *invecta et illata* (qualunque sia la natura del fondo), o sui frutti; nel primo caso, ragion dell'istituto sarebbe il pegno tacito, ed il possesso del locatore dovrebbe esistere nel fatto dell'introduzione delle cose nella cosa locata; nel secondo, il privilegio sarebbe giustificato dal titolo del godimento che il conduttore ha, dovendosi presumere che il locatore abbia consentito a concedergli i frutti, soltanto perchè, e quando gliene fosse pagato il corrispettivo (2). Ora, certo è, che il diritto sulle *invecta et illata* asportate in mala fede, mal si accorda al concetto di *privilegio*, ed il riconoscimento fattone nella legge odierna (3) non si può spiegare se non come residuo dell'istituto romano; ma è necessario d'indagare, se questa origine storica costituisca pure l'entità dell'istituto. E non pare. Della ipoteca non è a discorrere, perchè la legge dichiara non poter essa esistere rispetto ai mobili, ed i lavori preparatorî su questo punto dànno risultati non dubbî; nè col pegno tacito si costruisce più esattamente: a parte l'elemento del possesso, che non può riscontrarsi, a meno di ricorrere a tal sottigliezza che parve troppa ai giureconsulti romani, ed ai vecchi commentatori, i quali tutti tennero il concetto della ipoteca; è certo, che se il pegno spiega il diritto di agire sulla cosa mobile, qual esercizio del potere cui in via eccezionale si consente di menomare l'effetto generale

(1) Domat, op. cit., III, 1, sez. 5, n. 14; e Pothier (l. cit.;) che spiega con questo fondamento anche il *droit de suite* conceduto al locatore, si riferiscono all'ipoteca tacita. Era questo uno dei casi in cui presso alcune provincie governantesi col diritto scritto, si ristringeva l'ipoteca sui mobili: Lapeyrère, *Decis. docum.* (Bord., 1725), l. M., n. 53. Al pegno tacitamente convenuto si riferiscono Grenier, *Rapp.* in Locré, op. cit., VIII, p. 258), e Regnaud, nella Discuss. al Cons. di Stato (Locré, l. cit., p. 201).

(2) Su questo punto, come si dirà in seguito, è divergenza nell'applicare il concetto fondamentale del privilegio ai frutti pendenti, ed ai raccolti; ma tolto ciò, esso è indubbiamente nella teoria comune.

(3) C. civ., a. 1958, 3°.

Digitized by Google

del possesso (1), non s'intende più, perchè quest'applicazione non sia consentita nei termini in cui l'eccezione è contenuta, e sia costretta in limiti angustissimi (2). Questa non è semplice *inelegantia iuris*: è differenza profonda, da non potersi spiegare senza riferirla alla ragion fondamentale dell'istituto (3).

La obbiezione è talmente grave, da vietar l'accoglimento di un'altra costruzione che si potrebbe proporre, desumendola dall'obbligazione imposta all'inquilino di fornire la cosa locata di mobili sufficienti (4): senza ricorrere alla figura del pegno tacito o presunto, da questa obbligazione, la quale, se non espressamente formulata nel contratto, s'intende accolta dalle parti che non abbiano manifestata una volontà contraria, si potrebbe inferire l'esistenza del pegno *convenzionale espresso*. E par lo dimostri anche la considerazione della facoltatività contenuta nell'obbligazione, potendo il locatario liberarsi con dar cautele bastevoli ad assicurar la pigione: il qual termine, dovendo esistere in relazione col primo, dichiara che pur in questo s'ha l'elemento della sicurtà, e dev'essere inteso come se il locatario abbia facoltà di liberarsi con dare *altre* cautele. Oggetto del pegno sarebbero le *invecta et illata*, in senso generale; nè da questa indeterminatezza rispetto alle cose singole, si potrebbe desumere che il potere su di esse si ottiene in seguito al pignoramento, perchè si acquisterebbe *specialmente* col fatto dell'introdurle nella casa locata.

Neppur questa costruzione pare rispondente alla legge; lasciando da parte il riflesso sulla *specialità* del pegno (e quest'argomento osta pure alla costruzione del pegno tacito), che a rigore non esisterebbe nel fatto della introduzione delle cose singole, perchè non si può affermare risolutamente vi sia di necessità contenuto il *potere* del locatore su di esse; tralasciando pure le difficoltà rispetto all'elemento del possesso; certo è, che data la costruzione del *pegno espresso*, i termini nei quali il locatore può agire per riavere i mobili espor-

---

(1) C. civ., a. 707-708.

(2) Concetto che verrà largamente esposto in seguito.

(3) C. civ., a. 1958, 3°; C. civ. fr., a. 2102, 1°; C. civ. neerl., a. 1185, 2°-1189; C. civ. spagn., a. 1922, 7°; C. civ. port., a. 880, 1°, 881, 1°; C. civ. della Rep. Argent., a. 3883-85; C. civ. del Chilì, art. 2474; C. civ. del Guatemala, art. 2416, 2417; Cod. civ. del Messico, art. 2088, 2089; C. civ. del Basso Canadà, art. 1994, 8°; L. germ. dei conc., § 41, 4°; V. pure GLASSON, *Hist. du d. et d. inst. de l'Angl.*, VI, p. 388.

(4) Cod. civ., a. 1603, 1615.

Digitized by Google

tati dalla casa locata contro il suo volere, non rispondono alla eccezione ond'è limitata la efficacia generale del possesso di cose mobili. E se di questa misura eccezionale può, per il potere che ha sulla cosa, valersi anche il creditore pignoratizio, non s'intende, perchè il locatore, se il suo è veramente diritto di pegno, debba valersene in termini assai diversi (1).

E neppure di ritenzione vi ha qui l'apparenza; nè il locatore ha il possesso, nè la *ritenzione* dà potere di agire sulle cose che ne sono oggetto.

110. Forse si è più nel vero, se, riflettendo a quanto scrissero su questo privilegio gli antichi commentatori del diritto consuetudinario francese, si vegga in esso l'avanzo dell' istituto romano, l'ipoteca tacita sulle *invecta et illata:* come si dirà più innanzi (2) il principio *mobilia sequelam non habent,* si trasformò nell'altro che i *mobili non sono suscettibili d'ipoteca:* ma come alla proprietà, così all'ipoteca si poteva benissimo adattare la regola della virtù del possesso. Tant'è, che qualche consuetudine (3) aveva tenuto questo criterio assai corretto: combattuto, la teoria contraria prevalse, e venne accolta nelle leggi posteriori, dove pure rimangono le traccie della dottrina vinta, apparenti nell'entità del privilegio conceduto al locatore (4).

---

(1) Su questo argomento non parve necessario insistere oltre quanto è nel testo; certo, data, secondo l'opinione generale (v. su di ciò CHIRONI, *La valid. dei doni man.* (Siena, 1885); *Istit. di D. C.*, I, § 125), la rivendicazione eccezionale conceduta nell'art. 708 del Cod. civ., al creditore pignoratizio, non s'intende, nè si giustifica la restrizione del termine di agire imposta al locatore.

(2) V. la parte speciale, cap. I.

(3) Cons. VALIN, *Nouv. Comm. s. la Cout. de la Rochelle.* (La Roch., 1755), III, p. 235. Di questo argomento, cui si connette la ricerca dei dottori francesi sul valore dell'art. 2119 del Cod. civ. « *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* », sarà larga discussione in seguito; certo è, che il modo col quale questa massima era intesa nel diritto della Normandia e di altre provincie, rispondeva benissimo al concetto del potere sulla cosa mobile, posto in relazione alla virtù del possesso del terzo di buona fede: la mancanza del *droit de suite,* non escludeva la figura della proprietà, e non escludeva del pari l'ipoteca. Nè rileva il dire che senza questo diritto manca l'entità dell'ipoteca, la cui caratteristica è il poter di garanzia sulla cosa senza averne il possesso; tanto varrebbe dire che, tolta la rivendicazione, manca la figura della proprietà. Limitare gli effetti del diritto, non significa escluderlo affatto.

(4) Difatti, secondo s'è osservato, il privilegio del locatore è dagli antichi dottori francesi chiamato *ipoteca tacita.*

Digitized by Google

E se pegno non è; se non è diritto di ritenzione; se d'ipoteca non si può far parola, vietandolo espressamente la legge, non è possibile costruire altrimenti, se non attribuendo all'azione del locatore sui mobili asportati, il carattere di *misura conservativa* di quella parte di patrimonio, su cui egli a suo tempo potrà esercitare il privilegio; la comodità che questa cautela presenta, la facilità che offre nel contrattare la locazione, la causa stessa del credito ch'è dare abitazione alla persona, o riparo alle cose, a chi senza questa sicurtà difficilmente potrebbe averne, sono considerazioni concorrenti tutte a giustificare la misura conservativa consentita al locatore. Con la qual costruzione, si riferisce il privilegio del locatore all'istituto romano dell'ipoteca convenzionale tacita, senza attribuirgliene l'entità; e si ha il vantaggio di dare, come s'è avvertito rispetto alla legge romana, l'identico fondamento alla protezione accordata al locatore di case ed al locatore di fondi rustici, deducendolo dalla concessione del godimento. Vero è, che per quest'ultimo privilegio si può anche avvertire la ingiustizia in cui si cadrebbe se, a favor dei creditori venisse aumentata la garanzia loro sul patrimonio del debitore, senza che preliminarmente fosse soddisfatto il credito onde l'aumento è derivato; ma l'osservazione nulla toglie alla bontà della costruzione proposta: meglio corretta della teoria, pressochè comune (1), che fonda il privilegio del locatore di case sul pegno tacito, e quello del locatore di predî sulla presunzione che abbia inteso di abbandonare i frutti *soluto praetio,* come se egli non abbia di già fatta concessione dei frutti per tutto il termine del godimento (2). Si

(1) Così, DURANTON, op. cit., XIX, n. 73; LAURENT, op. cit., XXIX, 379; ROLLAND DE VILLARGUES, l. cit., n. 68; GRENIER, op. cit., I, 310. E tale era il fondamento che d'ordinario s'attribuiva all'ipoteca legale sui frutti, dagli scrittori di diritto comune, derivandolo dalla L. 7, D. *in quib. caus. p.* (XX, 5): c. specialmente, ZANCH., op. cit., n. 2, § 2, n. 89, 90; PACION., op. cit., XXXIII, nn. I, 52; RODRIGUEZ, op. cit., p. I, 8, n. 22, 23; MERLIN., op. cit., II, tit. 2, q. 67, n. 65.

(2) Conceduto il godimento, è chiaro il diritto del conduttore ai frutti. Nè rileva la condizione di questi rispetto al suolo, perchè si debbono considerare come dedotti nel rapporto costituito di godimento, e però in via astratta come separati dal terreno; altrimenti si dovrebbe dire, che il locatore riman sempre proprietario dei frutti *iure soli*, ed il contratto di locazione l'obbliga soltanto a cederli quando ne sia pagato l'intero prezzo, chè tale sarebbe il prezzo stipulato per la locazione. Ed il privilegio assumerebbe la figura della ritenzione (impropria) consentita a garanzia del venditore.

Digitized by Google

afferma pure, che il privilegio del locatore sui frutti esistenti nei fabbricati annessi al fondo, ha la medesima ragion di essere del privilegio sui mobili introdotti nella casa locata (1): e qui si darebbe ai due privilegî egual fondamento, senza avvertire che il privilegio sui *frutti* così *raccolti,* riposa sulla certezza ch'essi provengano dal fondo locato, nè la ragion dell'istituto è qui altra da quella osservata rispetto ai frutti pendenti (2). E se talvolta par vera la dottrina contraria, ciò avviene, quando i frutti non sono considerati come tali, sibbene in qualità di *mezzi* destinati a fornire il fondo locato: onde la necessità di stabilire i termini di distinzione dei due oggetti giuridici (non materiali, chè materialmente potrebbero essere identici) del privilegio, nella locazione di fondi rustici.

Questa indeterminatezza di criterî, fonte di contraddizioni non lievi, e di applicazioni non corrette, cessa quando il fondamento del privilegio sia descritto con la larghezza necessaria; e la costruzione proposta giustifica la legge, che, senza distinguere i fondi rustici dagli urbani, secondo occorreva nella legge romana, pone l'og-

---

Il ragionamento non è corretto. Nella locazione vi è alienazione del godimento, costituita con la forma di rapporto personale, e perciò i frutti, senza distinzione del quando saranno prodotti, vengono astrattamente in questo negozio, come separati dal suolo. Rispetto al conduttore, essi rappresentano l'apparenza concreta di quanto in via astratta entrava di già nel rapporto; e qui si deve forse ricercare quel carattere un po' incerto del diritto del conduttore, che dà a dubitare se talvolta non abbia in sè della realità. (Cons. ora SIMONCELLI, *Delle locaz.* (Lanciano, 1892), cap. I. Sul quale argomento si consideri, che se il diritto personale di godimento comprende di necessità i frutti che verranno prodotti durante il termine della locazione, il conduttore, facendoli suoi, esplica, esercita un diritto di già concedutogli, nè di necessità questo diritto può esser fatto valere altrimenti. Non vi è dunque realità, ma il necessario esercizio del rapporto di obbligazione; sebbene per la relazione che tale esercizio fa nascere verso la cosa di cui s'ha il possesso semplice (su questa terminologia v. CHIRONI, *Istit. de D. C.*, § 116), e per l'entità che la locazione può assumere rispetto al proprietario, la legge abbia richiesta talvolta una forma di pubblicità, non derivante da realità del rapporto, ma da altre considerazioni (C. civ. a. 1597, 1598). E quando questa forma manchi, ritien sufficiente il possesso: quella notorietà, non dipendente dalla realità, è accertata; e d'altra parte, il possesso del fondo s'ha soltanto come possesso del diritto di godimento, e quindi vi si comprendono, con diritto di preferenza, quei frutti astrattamente già compresi in esso fin dal momento in cui è stato costituito il rapporto.

(1) L'avrebbe come un pegno su di essi, quasi *forniscano* l'immobile locato: v. PONT, op. cit. I, n. 123, e gli Aut. che cita. Cfr. LAURENT, op. cit. XXIX, n. 429.

(2) Su ciò, v. quel che è stato esposto nel n. 108.

Digitized by Google

getto *giuridico* del privilegio nel *godimento,* concretato nel suo aspetto materiale, o nei mezzi coi quali si esplica, perchè necessarî ad ottenerlo. Quest'ultima considerazione si applica egualmente ai mobili destinati a fornire la casa locata, come a quelli che debbono fornire il fondo: perciò il privilegio del locatore di fondi rustici è più esteso *materialmente,* ma giuridicamente ha l' entità medesima di quello conceduto al locatore di case.

111. Lo studio del privilegio spettante al locatore, dev'essere distribuito in più parti, a fin di ottenere che la ricerca, e la chiarezza dell'esposizione rispondano alle gravità dell'argomento: 1) entità del privilegio; 2) contenuto giuridico del credito privilegiato; 3) chi può valersene, e cose sulle quali il privilegio è conceduto; 4) mezzi conservativi conceduti al locatore, per la tutela del privilegio che potrà esercitare.

A.

SOMMARIO. — **112.** Il privilegio non è costituito dalla volontà delle parti, ma dalla legge: conseguenze rispetto alla capacità del conduttore. — **113.** Quando nasce. Considerazioni pel caso che l'oggetto del privilegio fosse diventato per convenzione delle parti oggetto di pegno. Pegno *de inferendis;* pegno *de illatis.*

112. Nello studio dell'ipoteca legale si ricercherà se, ancor quando la sua ragion di essere consista nella presunzione della corrispondente volontà delle parti, si debba tener conto di questo elemento, per estendere la virtù delle norme ond'è governato l'atto generatore del rapporto, o si debba in ogni caso considerar l'istituto come beneficio di legge: della questione, s'accennerà ora quanto è appena necessario per dare miglior consistenza alla dottrina proposta, contro la quale non valgono alcune obbiezioni inerenti alla costruzione comunemente accolta. I commentatori, dichiarando la legge romana, e specialmente i testi che a fondamento dell'ipoteca legale consentita al locatore pongono la convenzione presunta (1), traevano argomento da questa, per indagare se fosse necessario applicare le regole generali sulla capacità: e la questione era specialmente trattata rispetto al mi-

(1) L. 3; l. 4 pr.; 7 pr., D. *in quib. caus. pign.* (XX, 2); L. 3; l. 7, C. *in quib. caus. pign.* (VIII, 15).

Digitized by Google

nore, incapace, senza l'autorità del curatore, a costituire il negozio di pegno. E pareva a molti, che dovendosi attribuire all'ipoteca nascente da convenzione presunta, i termini proprî di quella derivante da convenzione espressa, l'incapacità del minore a costituir da sè quest'ultima, esistesse pure rispetto alla prima: perciò la limitazione, che dall'ipoteca legale sulle *invecta et illata* escludeva i beni del minore (1). La qual decisione veniva pure accolta da altri dottori, che sul carattere di quest'ipoteca tenevano un partito medio, dicendola *misto*, ma con prevalenza dell'elemento convenzionale: perchè, sebbene traesse direttamente nascita dal favor della legge, pure, il fatto dell'introduzione, e le considerazioni sulla origine dell'istituto, derivato dall'uso dell'espressa costituzione del pegno, attestavano che il maggior fondamento dovea venirle dalla presunzion del patto. La opinione comune degli interpreti, argomentava invece, e giustamente, dal carattere dell'ipoteca: qualunque fosse la ragion della legge, l'istituto era provvidenza emanante da lei, e conseguentemente, conceduta al locatore la sicurtà sulle *invecta et illata*, ogni questione sulla capacità della persona cui appartenevano, riesciva al tutto inopportuna (2).

La difficoltà può risorgere nel diritto odierno, quando s'argomenti la ragion del privilegio dalla figura del pegno: più grave quando si voglia adottare la teoria del pegno espresso, non è poi minore di gran lunga, se si costruisce su l'altra del pegno tacito. E la questione si presenta sotto un aspetto diverso da quello che aveva in diritto romano: nel quale, la legge dava espressamente nascita all'ipoteca legale, cosicchè la discussione rispetto ai motivi, nulla toglie alla determinatezza del provvedimento onde la prelazione traeva origine (3). Ma nel diritto odierno, se il privilegio è la *mani-*

---

(1) Su questa discussione generale, e sulle teorie proposte nella ricerca speciale dell'ipoteca tacita a favor del locatore, v. NEGUSANT, op. cit., p. II, m. 4, n. 151.

(2) NEGUSANT, l. cit., n. 138; MERLIN, op. cit., l. II, tit. 2, q. 67, n. 36; ACOSTA, r. III, ampl. 3, nn. 17-22; PACION., op. cit., c. XL, n. 156; MANTICA, *De tacit. et aub.*, l. XI, t. 15, n. 19; ZANCH., op. cit., ex. 2, § VI, nn. 10, 11.

(3) È appunto il concetto ch'è negli A. ora citati; sebbene non vi sia esposto con la precisione necessaria. Perchè affermano, darsi contro al minore l'ipoteca tacita consentita al locatore, non esistendo nella *legge* dov'è ordinata distinzione alcuna rispetto alle persone contro cui ha efficacia; evidentemente, la ragion di decidere sta nel badare al fonte diretto dell'istituto, senza preoccupazione dei motivi che possono averlo indotto.

Digitized by Google

festazione del pegno tacito, in quella guisa che avviene del pegno espresso (1), non si può non tener conto della capacità delle persone, tra cui la convenzione di garanzia si presume intervenuta: e si dovrebbe inferirne, che la persona cui è riconosciuta la facoltà di fare atti di semplice amministrazione, può locare; ma non avendo il potere di disposizione non può dare a pegno, nè il locatore potrebbe perciò avere il privilegio derivante dalla convenzione di questa sicurtà, tacitamente stipulata (2).

È evidente l'importanza dottrinale e pratica della questione: che mal può sorgere tenendo la costruzione proposta. La ragione storica della legge non può influire sull'entità giuridica dell'istituto, che serba il carattere di privilegio, malgrado l'azion di ricupero consentita al locatore: provvedimento conservativo, dal quale non si può desumere correttamente un rapporto reale sulle *invecta et illata*.

113. Il privilegio spiega i suoi effetti, col diritto del locatore di esercitare provvedimenti conservativi *speciali*, appena le cose sono introdotte nella casa o nel fondo che debbono esserne forniti: come semplice privilegio, la sua virtù si dovrebbe manifestare nel caso di concorso. Ond'è, che questo privilegio ha meno della *perclusio*, per la quale non si richiedeva il concorso dei creditori, e in pari tempo ha maggior contenuto col diritto di ricupero dei mobili asportati ad insaputa del locatore, o lui non consenziente; mentre, per tale rispetto si avvicina più alla ipoteca legale romana. Come avveniva per questa, è necessaria la *illatio* (3), ed appena effet-

---

(1) Il privilegio derivante dal rapporto vero di pegno non è privilegio vero, proprio: è l'espressione del rapporto di garanzia reale. Ora, supposto che questa esista per tacito consentimento delle parti, non dovrà considerarsi in egual modo l'entità del privilegio? L'applicazione di questo concetto alle *cose* sarà fatta in seguito.

(2) Si dubita, se chi ha capacità limitata ad un dato atto, possa, in esecuzione di questo, eseguire un atto che per sè oltrepasserebbe la giusta facoltà sua. Pare ad alcuni, che, per il concetto di accessorietà, lo possa; ma questa relazione tra i due rapporti non può modificare la condizione di capacità rispetto ad ognuno di essi.

(3) V. i fonti cit., nella n. 1 della pag. 241. *Adde*, GAI., in L. 11, § 2, D. *qui potior.* (XX, IV): « *si colonus convenit, ut inducto in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit,* quia non *ex conventione priori obligatur*, sed ex eo quod, inducta res est, *quod posterius factum est* ».

Digitized by Google

tuata, il locatore senza avere sulla cosa un vincolo di pegno, ha una parte speciale del patrimonio del debitore sul valor della quale potrà soddisfarsi del proprio credito: ed alla legge è parso così meritevole di favore il diritto del locatore, da concedergli misure conservative speciali. Nè importa se nel privilegio entra un insieme di cose indicate genericamente, così da inferirne che la legge, non consentendo al conduttore la disposizione delle cose sue fino a quando non sia scaduto il debito, ha commesso ingiustizia non essendo le *illata* specialmente vincolate; questa dottrina si è voluta sostenere per il diritto romano rispetto al contenuto dell'ipoteca generale, ma con poco risultato (1). Perchè la cosa, sebbene l'oggetto della ipoteca fosse determinato con una dizione generale, entrava con la *illatio* in rapporto reale col locatore; e questo vincolo è la ragione semplicemente storica dei provvedimenti conservativi ordinati nel diritto odierno.

Si può impedire che il privilegio nasca, col sostituirgli altre garanzie convenzionali? La questione sarà discussa nell'esposizione generale che sarà fatta, dopo la ricerca sui privilegî particolari; ristringendone la trattazione al caso speciale delle *invecta et illata*, si deve avvertire anzitutto, che i dottori, studiando la questione rispetto all'ipoteca legale, avvisavano che la cautela costituita dal privato non toglie quella ordinata dalla legge, e già in essere, per l'identico scopo; s'avrebbe in essa un semplice avvaloramento della garanzia legale (2). Nel diritto odierno, con la specialità che si richiede perchè la costituzione del pegno proprio sia fatta validamente (3), la difficoltà ha perduto assai d'importanza; con un pegno generale *de illatis* non si può mai sostituire la sicurtà convenzionale al privilegio legale, non potendosi correggere col fatto dell'introduzione di mobili *speciali* quella generalità che osta alla valida costituzion del pegno; e se dopo l'introduzione fossero particolarmente assoggettate a pegno le *illata et invecta*, o se prima si fosse costituito il pegno su cose determinate da introdurre nella casa o nel fondo (*p. de inferendis*), il pegno convenzionale non impedisce che sulle altre cose esista il privilegio, quando il patto non rivelasse la

(1) V. il cap. I.

(2) Negusant, op. cit., p. II, n. 4, n. 138; Bachov., op. cit., l. V, c. 11; Rodrig., op. cit.; Acosta, l. cit.; Zanch., l. cit.

(3) C. civ., a. 1880.

Digitized by Google

volontà del locatore di rinunciarvi. Rinuncia lecita: il principio *provisio hominis tollit provisionem legis*, di estensione assai contrastata nella dottrina antica (1), è qui accolta come regola: ben lo dimostra la facoltà del locatore di rinunciare alle misure conservative cui ha diritto (2).

E nel discorso su queste misure, si daranno le applicazioni della possibilità di concorso del privilegio con la sicurtà reale, su le *invecta et illata*.

B.

SOMMARIO. — **114-120.** Entità giuridica del credito privilegiato.

114. L'interdetto *de migrando* metteva termine al pignoramento privato esercitato con la *perclusio*, se il conduttore avesse pagato il prezzo dell'affitto (3); lo dimostrano il passo dov'è conservata la formula, che nella seconda parte accenna a questo effetto (4), e la storia dell'istituto. Il debito certo dell'inquilino era la *merces* convenuta, ed il locatore poteva esercitare direttamente la cautela che ne assicurava il pagamento, senza commettere ingiuria, od almeno con la probabilità che non fosse data ingiuria: la ricerca, qui appena tracciata, sul pignoramento privato, ha dichiarato la tendenza continua della legge a restringerlo (5) in modo da farlo apparire come l'esercizio regolare di un diritto; tant'è, che nei due casi in cui fu conservato fino a tarda epoca, il pagamento cioè della pigione (6), ed il sequestro degli animali danneggianti un fondo (7), si conteneva un *diritto di garanzia*, onde il locatore od il proprietario della casa era licenziato a tener le cose introdotte nel fondo per averne il godimento da lui consentito, o per danneggiarlo in questo godimento,

---

(1) NEGUSANT, l. cit.

(2) C. civ., a. 1603, 1613, 1958, 3°.

(3) V. il pres. § in pr.

(4) L. 1, pr., § 1, D. *de migr.* (XLIII, 32): « . . . *ea merces tibi soluta est, aut per te stet, quo minus solvatur . . . Hoc interdictum proponitur inquilino, qui* soluto pensione *vult migrare. . . .* ».

(5) Sull'azione del diritto canonico su questo punto, v. Can. un., *l.* V, tit. 8, in 6°.

(6) V. il rinvio nella n. 3.

(7) I fonti del diritto germanico, del franco, e dello statutario italiano, dànno amplissima testimonianza di ciò: v. PERTILE, op. cit., IV, p. 501 e segg., nn. 65-81: e specialmente NANI, op. e loc. cit.

Digitized by Google

anche se non introdotte a tal fine. Ma non si poteva ritener l'atto per esercizio del diritto, se compiuto ingiuriosamente, onde le pene comminate a causa del pignoramento effettuato senza diritto (1); e nel rapporto di locazione la sola parte contenente il debito del prezzo di affitto aveva carattere di diritto *certo* spettante al locatore. Restrizione rispondente al tutto all'eccezionalità, già manifesta, del procedimento; perciò, fino a quando la *perclusio* serbò nel diritto romano il carattere di pignoramento privato, non potè cautelare altro che il debito dell'affitto, com'è pur manifesto nel diritto franco dove si è avvertito l'identico sviluppo dell'istituto, e nell'antico diritto francese: *se ie loue me meson, soit en fief, ou en heritage vilain, et cil a qui ie l'ai loue a de ses biens porté en la dite meson, et ne me paie pas mon loage, ie puis peure du sien sans justice, par coustume, tant que ie soie paiés de mon louage* (2). Ma fondato poi il diritto del locatore sulla presunta convenzione d'ipoteca, venne meno la ragion della restrizione, potendo questa sicurtà cautelare così il debito certo come l'incerto, così il debito presente come il futuro; e l'ipoteca contenuta nel beneficio di legge, si reputò consentita al locatore per garanzia di qualunque credito potesse nascere direttamente dal contratto di locazione, e fosse perciò oggetto dell'*actio locati* (3).

È questa la dottrina accolta nel diritto odierno, quantunque vi sia mutato il carattere giuridico della garanzia; il privilegio concerne il rapporto derivante dal contratto di locazione di case o di fondi rustici, nè, costruendo correttamente, si può distinguere a seconda delle prestazioni che vi son contenute. Altrimenti, si lederebbe l'*unità* giuridica del rapporto, che è la locazione; varî gli oggetti sui quali si esplica, son varie le ragioni di credito, ma il titolo è sempre il medesimo: il contratto cioè, il quale è uno, comunque siano regolate la durata del godimento, e la fissazione delle scadenze per il pagamento del prezzo pattuito. Vi son perciò contenute tutte le obbligazioni che il conduttore si fosse assunto in esecu-

---

(1) V. il rinvio fatto nella n. 5 della pag. precedente.

(2) Beaumanoir, op. cit., XXIV, 16.

(3) L. 2 *D. in quib. caus. pign.* (XX, 2): *Pomponius libro quadragesimo variarum lectionum scribit:* non solum pro pensionibus *sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata.* V. per il diritto odierno, la n. 1 a pag. seg.

Digitized by Google

zion del contratto (1), rispetto 1) al *prezzo* del godimento, e cioè al pagamento di esso in valore, oppure in frutti provenienti dal fondo (2), od in derrate; o mediante riparazioni o miglioramenti (3) da fare; oppure mediante opere od altro servizio da eseguire a vantaggio del locatore, quando la convenzione, e la entità del servigio non mostrassero l'intendimento di costituir meglio un comodato (4) che la locazione; 2) all'obbligazione del conduttore di rendere la cosa della quale ebbe il godimento, nel medesimo stato in cui gli venne consegnata; e che si può scindere α) in obbligazione di fare le riparazioni poste a carico del conduttore: di prestare l'indennità per i deterioramenti dei quali dovesse rispondere, e di avvertire il locatore delle turbative patite per fatto altrui; β) ed in obbligazioni che, secondo la natura speciale della cosa locata, gli possono incombere, scaduto il termine del godimento: come avverrebbe nel contratto di affittamento di fondi rustici, per le scorte che avesse ricevuto al principio della locazione, e che alla scadenza debbono esservi lasciate in eguale quantità (5). L'estensione di queste obbligazioni è dedotta dalla convenzion delle parti, ed in difetto dalla legge, o pur dalla consuetudine, quando la legge vi si riferisca: ossia, dall'accordo espresso, o da quello che si suppone tacitamente seguito tra le parti. Con questo criterio si dovranno risolvere le difficoltà che potessero sorgere rispetto al determinare il grado della colpa di cui il conduttore dovesse rispondere, sulla responsabilità cui è tenuto per il fatto dannoso di persone alle quali avesse esteso il godimento da lui stipulato (6), o per le quali fosse tenuto a rispondere in virtù

---

(1) C. civ., a. 1958, 3° cit.: e v. la notizia già data della legislazione straniera.

(2) Qui non è difficoltà; s'intende, che secondo s'è già osservato studiando i termini della garanzia (cap. I e II), l'oggetto dell'obbligazione dev'essere ridotto in valore, a fin di specializzare la quantità privilegiata. V. PACIFICI-MAZZONI, op. cit. I, n. 44.

(3) L'obbligazione del conduttore contiene qui un fatto (non rileva si ricerchi qui se suo personale, o pur eseguibile da altri), stimato qual corrispettivo del godimento stipulato. Il diritto del locatore, rappresenta il *prezzo* della locazione: ma come è stato avvertito ora (v. la n. prec.), è necessario ridurne la entità in denaro.

(4) L'onere, nei casi espressi nel testo, non farebbe venir meno la natura fondamentale del negozio, che è la gratuità. V. su questo argomento le minutissime disquisizioni in MANTICA, op. cit., V, 2.

(5) Cod. civ., a. 1626.

(6) C. civ., a. 1588. V. CHIRONI, *Colpa contr.*, nn. 205, 206; e *Istit. di D. C.*, II, § 333.

Digitized by Google

della rappresentanza; ed in generale, tutte le questioni riferentisi all'esecuzione del contratto (1).

115. Per dichiarare compiutamente che s'intende con questo concetto, dov'è compresa l'estensione generale del privilegio, è necessario porre altri due criteri, per i quali si determina il *tempo* in cui, per godere della prelazione, si possono costituire validamente i patti del negozio; e la *entità* di essi. Quanto al tempo, non occorre difficoltà grave, perchè di patti dai quali il locatore faccia derivare un credito, si può anche convenire dopo il contratto; le parti son libere di aggiungere alla convenzione originaria i patti che stimano più rispondenti al proprio interesse, e questi col contratto anteriore dànno legge al rapporto di locazione: perciò male si trarrebbe argomento dal tempo in cui furono consentiti, a fin di negare al credito che può derivarne la qualità di privilegiato (2).

Maggior peso ha la ricerca sulla *sostanza* del patto, perchè, se non ogni convenzione seguita tra le parti nel trattare la locazione può dirsi inerente a questa, è necessario determinare i criteri che indichino quando lo è: si può affermare, che considerata la unità del rapporto, i patti essenziali concorrenti a costituirla sono elementi del contratto, ed i crediti che possono nascerne godono il privilegio. Seguendo questo concetto, i patti che si riferiscono al modo con cui è convenuta l'entità del godimento, e perciò allo stato in cui la cosa dev'essere consegnata in principio, e restituita al termine della locazione: ed al corrispettivo fissato, ineriscono al contratto, senza distinguere, come s'è osservato, se alcuni siano stati convenuti durante l'esercizio di esso, oppur quando ebbe fine (3). Quindi, se si fosse convenuto che il fondo avesse la scorta determinata nella convenzione, o quelle di uso, l'obbligazione del conduttore di farne la restituzione è credito privilegiato (4); e se il

(1) C. civ., a. 1958, 3°, al. 3. Quindi, anche le spese di lite: app. Nancy, 16 apr. 1877 (*J. du P.*, 1879, 1269); App. Bordeaux, 17 marzo 1879 (*P.*, 1880, 660).

(2) Tale, ad es., il patto col quale le parti intendessero a regolare l'indennità dovuta, o da doversi, per il caso d'inadempimento delle obbligazioni poste a carico del locatore (V. App. Rouen, 20 apr. 1880, in *J. du P.*, 1881, 1, 1139).

(3) Così, argomentando da una risoluzione speciale del POTHIER (*Louage*, n. 254), decide la comune opinione dei dottori. AUBRY et RAU, op. cit., § 261; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 409; TROPLONG, op. cit., I, n. 154; MARTOU, op. cit., II, n. 405.

(4) Cod. civ., a. 1626; 1958, 3°, al. 3.

Digitized by Google

locatore obbligato a fornirle, non le consegnasse in natura, ma desse al conduttore il denaro necessario per acquistarle, questo rapporto non è mutuo separato dalla locazione, ma adempimento del patto, presumendosi abbia il conduttore ricevuta la somma non in qualità di mutuatario, ma di mandatario del locatore per l'acquisto delle derrate costituenti le scorte del fondo locato. Se fosse stipulata l'obbligazione del conduttore di fare speciali miglioramenti alla cosa locata; o si fossero indicate le riparazioni poste a suo carico, oppure nulla si fosse detto su questo punto, facendo così tacito riferimento alle disposizioni della legge, i crediti derivanti dall'inadempimento totale o parziale, son privilegiati; ma se il locatore avesse dato al conduttore la somma *necessaria* per adempiere a queste obbligazioni, o una somma qualunque per tal fine, non può darsi all'anticipazione il carattere di mutuo. Infatti, il locatore, quando non fosse eseguita l'obbligazione, potrebbe agire per ottenere l'indennità, ed il credito sarebbe privilegiato, riferendosi all'esecuzione del contratto; egualmente avverrebbe, se, per l'inadempimento del conduttore, il locatore curasse direttamente l'esecuzione dell'obbligazione: del pari, se il contratto fosse eseguito coi mezzi dati appositamente dal locatore, perchè la esecuzione non avrebbe luogo secondo era intendimento delle parti, e quindi il credito riferendosi sempre a questo termine, deve godere del privilegio (1). La ragion di decidere segna i limiti della risoluzione proposta; il credito è privilegiato soltanto nella parte relativa all'adempimento dell'obbligazione, e se eccedesse la *spesa* dei miglioramenti, o delle riparazioni, per il sovrappiù non ha privilegio: è mutuo fatto al conduttore, e quantunque sia consentito nel contratto di locazione, e questo possa anche averlo motivato, non inerisce, come elemento, al rapporto costituito. Finalmente, se finita la locazione, le parti convertissero in una somma di denaro le obbligazioni esistenti a carico del conduttore, non v'ha dubbio che il credito del locatore dipende dall'esecuzion della locazione, ed è privilegiato (2).

La costruzione descritta risponde con esattezza alla legge; la quale, dopo ordinata l'estensione del privilegio ad alcuni crediti determi-

---

(1) Il termine fondamentale è dunque la relazione tra l'anticipazione fatta, anche se ciò avvenga dopo la stipulazione del contratto, e quest'ultimo; la consegna della scorta, in natura od in denaro, costituisce l'esecuzione di un elemento del contratto.

(2) V. la n. 2 nella pag. precedente.

Digitized by Google

nati (1), aggiunge in fine, *e tutto ciò che concerne la esecuzione del contratto:* concetto generale, in cui si debbono comprendere alcune figure particolari di crediti enunciati prima soltanto per dimostrazione. E per le cose dette, si scorge facilmente la poca correttezza di varie decisioni date sull'argomento: perchè alcuni dottori attribuiscono privilegio alle anticipazioni fatte nel contratto di affitto, non a quelle fatte quando è in esercizio, mal potendosi qualificarle clausole del contratto (2): come se questo fosse immutabile, e l'interesse delle parti non potesse validamente suggerire di aggiungervi qualche nuova clausola. Altri ritengono l'anticipazione sempre privilegiata, qualunque sia il tempo nel quale è seguìta (3), perchè non sarebbe un prestito coi caratteri ordinarî, sibbene mezzo di coltivare il fondo: è cioè soccorso, spesso richiesto da circostanze impreviste, per farne la coltivazione; ma il ragionamento è condotto su riflessi assai indeterminati, dovendosi supporre che il conduttore abbia assolutamente necessità dell'aiuto del locatore, e se ciò fosse esatto, non s'avrebbe motivo di non concedere il privilegio a quello dato da altri. Si argomenta a sostegno di tal dottrina, dall'autorità della giurisprudenza anteriore alla codificazione (4); e non bene: questa consentiva il privilegio alle anticipazioni di cui non si potesse dubitare fossero fatte per *far valere il fondo* dato a colonia parziaria, e segnatamente a quelle fatte in grano od altre specie: s' intendeva perciò di patti inerenti al rapporto di locazione, riferentisi allo stato del fondo, alle sue scorte. E siccome la locuzione *scorta* è adoperata nella legge italiana (5), e lo era in qualcuna delle leggi civili anteriori (6), si volle desumerne altro argomento a sostegno di questa teoria: quasi che la voce *scorta* indicasse un'anticipazione fatta comunque ed in qualunque tempo, non l'insieme di derrate, che, secondo la convenzione espressa, o l'uso, debbono fornire il fondo dato in affitto.

(1) C. civ., a. cit.

(2) Persil, op. cit., su l'art. 2102, § 1, n. 28; Grenier, op. cit., II, 309. *Quid*, se fossero pattuite nel contratto e pagate più tardi? Afferma il privilegio la Cass. fr. 19 germ. 1880 (*J. du P.*, 1880, 590).

(3) V. gli Aut. cit. nella n. 3 della pag. 248. V. App. Angers, 20 ag. 1821 (*Pal. chr.*); App. Limoges, 26 ag. 1848 (*J. du P.*, 1850, 1, 405); App. Poitiers, 18 dic. 1890 (*J. du P.*, 1891, 1, 574).

(4) Pothier, l. cit.

(5) Cod. civ., a. 1626; 1958, n. 3° cit.

(6) Cod. civ. sardo, a. 2157, 3°.

Digitized by Google

Queste obbiezioni non si possono addurre contro la teoria proposta; il locatore che all'infuori dei termini descritti deve antecipazioni o soccorsi al conduttore, ha qualità giuridica di mutuante: e se non ha privilegio speciale per la natura dell'antecipazione, come avrebbe quando la somministrazione fosse di sementi (1), non può valersi del privilegio relativo al contratto di locazione.

116. I principî esposti non scemano di valore, quando, per la convenzione pattuita o le disposizioni di legge tacitamente accolte, più fossero le persone che in conseguenza del rapporto di locazione fossero obbligate verso il locatore, oppure il conduttore dovesse rispondere del fatto dannoso di altri (2): l'entità del credito, risultante dal modo col quale è fatta la convenzione, o dal provvedimento della legge, dichiara qual sia l'estensione del privilegio (3). Perciò, se più avessero tolto in locazione la casa od il fondo senza obbligarsi in solido, il privilegio si riferisce al debito particolare di ciascuno, diversamente da quanto avverrebbe se l'obbligazione fosse solidale (4). E se questa fosse nata in conseguenza dell'incendio che avesse distrutto o deteriorato la *casa* (5) locata, il privilegio sarebbe unito al credito determinato secondo la legge, quando la convenzione non ne modificasse i termini; si deve pure determinarlo, e secondo la legge, quando l' obbligazione derivasse dal fatto dannoso di persone per le quali il conduttore è tenuto di regola, od in virtù del rapporto. La dottrina della colpa dà i cri-

---

(1) Cod. civ., art. 1958, 5°; e 1958, 3°, al. 2, se le sementi fornite dal locatore si dovessero tenere per iscorta del fondo. Nel testo, è accolta la risoluzione che dà privilegio al locatore anche se invece di fornire le sementi in natura, avesse dato i denari necessari per acquistarle; perchè oggetto del negozio è certo la semente, come fosse consegnata in ispecie. Così, argomentando dalla volontà in relazione all'oggetto dedotto nel negozio, era già deciso per il mutuo. L. 11 pr., D. *de reb. cred.* (XII, 1).

(2) Cod. civ., a. 1188.

(3) Il privilegio è qualità del credito: quindi la natura che questo ha, influisce necessariamente nel determinarne la estensione.

(4) Cosicchè, se al locatore non sono indicati specificatamente i mobili introdotti nella casa o nel fondo locato, come appartenenti all'uno oppure all'altro dei conduttori, o non gli fosse data conoscenza del modo col quale i locatari hanno diviso tra loro la casa od il fondo (e s'avrebbe allora l'indiretta notizia dei mobili spettanti ad ognuno dei coinquilini), i mobili sono tutti soggetti al privilegio. La qual risoluzione non presuppone qui da indivisibilità dell'istituto.

(5) Cod. civ., a. 1589, 1590; V. Chironi, *Colpa contr.*, nn. 59 e segg.

Digitized by Google

terî necessarî per stabilire, se e come questa responsabilità può essere tolta o diminuita mediante convenzione speciale (1).

117. La maggior difficoltà della presente materia sta nel modo di determinare la quantità del credito cui si debba annettere il privilegio. Considerando la cosa astrattamente, si deve osservare anzitutto la *unità* del rapporto di locazione: unità già avvertita (2), e risultante dall'entità giuridica dell'obbligazione, per virtù della quale il locatore è tenuto a procurare il godimento della cosa per tutto il tempo ch'è stato fissato, mediante il corrispettivo che il conduttore s'è obbligato a pagargli. Il rapporto obbligatorio comprende il fatto del godimento, contenuto entro i termini di modo e di tempo fissati; qualunque sia l'ordinamento pattuito rispetto alla scadenza, l'obbligazione è la stessa, il rapporto è unico, e quindi unico il vincolo personale (e la relazione patrimoniale), che obbliga il locatore alla prestazione per tutto il tempo determinato, ed il conduttore ad accettarla, e pagarne il prezzo convenuto. Data la relazione patrimoniale, s'intende come, di regola, chi stipula, lo faccia per sè e per chiunque possa aver causa da lui (3): e se il diritto di godimento è compreso nel patrimonio i creditori, che hanno il potere di liquidare quest'ultimo per ritrarne il valore, possono esercitarlo, in qualità di veri aventi causa, cosicchè l'esercizio del diritto personale di godimento derivante dalla locazione sarebbe qui regolato dai principî generali (4): ma come non lo si ha senza il pagamento del corrispettivo, e vi è obbligato il conduttore, è pur necessario tener conto del principio che vieta al debitore di surrogarsi altra persona nel rapporto col creditore, se questo non vi acconsente. D'altra parte, è pur necessario preoccuparsi della possibilità che il locatore, in accordo frodolento col conduttore, si affermi creditore di una quantità di fitti maggiore di quella che realmente è; oppure asseveri, che la convenzione attribuisce al conduttore oneri maggiori di quanto effettivamente fu pattuito.

La legge francese (5) intese a superare il primo degli inconvenienti

(1) V. la n. 6, a pag. 247.
(2) V. il n. 112.
(3) Cod. civ., a. 1127.
(4) Cod. civ., a. 1234.
(5) Cod. civ., a. 2102, 1° cit.

Digitized by Google

segnalati, concedendo al locatore il diritto di esigere i fitti scaduti e gli altri da scadere, e attribuendo ai creditori concorrenti il diritto di sublocare, perchè il locatore non s'abbia ingiustamente il pagamento del prezzo, corrispettivo dell'obbligazione sua di dare il godimento convenuto; ordinando poi restrizioni opportune a questo cumulo di fitti, per ovviare ai danni provenienti dal secondo inconveniente accennato. Così, i principî dell'assunzione del debito altrui, son posti di accordo con la regola che dà ai creditori il potere di esercitare i diritti e le azioni patrimoniali del debitore (1), perchè il locatore dev'essere soddisfatto, con privilegio, del suo credito intero, e gli altri creditori possono allora avvantaggiarsi dell'utilità sperata dal mantenimento della locazione; nè par corretta la dottrina, che, non rilevando tale accordo, esclude dalla costruzione la regola accennata sul diritto dei creditori rispetto al patrimonio del debitore (2). La qual considerazione dichiara, perchè il divieto di sublocare che fosse pattuito nel contratto originario di locazione, non si può opporre ai creditori concorrenti; i dottori spiegano questo provvedimento, ponendolo in relazione col seguito collocamento utile del credito del locatore, ma così avvertono soltanto uno dei motivi della legge, e dànno modo di proporre l'esistenza di un diritto di scelta che il locatore avrebbe, di esigere cioè il pagamento, oppure di risolvere il contratto. No: i creditori non subentrano nei diritti del locatore quasi sublocatori: essi sono surrogati nell'esercizio del diritto spettante al conduttore in virtù del contratto di locazione; perciò il rapporto originario non muta, ed i creditori lo esercitano come diritto contenuto nel patrimonio del debitore. Vero è, che questa qualità sarebbe affermata in essi (3) quando al locatore sia

(1) C. civ. fr., a. 1166.

(2) Alcuni dottori (LAURENT, op. cit., XXIX, 397-399; AUBRY et RAU, op. cit., § 161; PONT, op. cit. I, n. 126 *bis*), non tengono conto di questo elemento: e vien dichiarata la legge, come effetto delle disposizioni sull'antivenienza del termine (C. civ. fr., a. 1184), o pure (LAURENT, l. cit.) come ordinamento eccezionalmente grave, perchè si dà diritto di esigere un credito non scaduto; onde la necessità del correttivo, dato con la sublocazione che è surrogazione in seguito al pagamento (C. civ., a. 1251). Cfr. DURANTON, op. cit., n. 90; PERSIL, l. cit., n. 20.

(3) Sebbene paia ingiusta ad alcuni scrittori (LAURENT, l. cit.), l'esigibilità del fitto non scaduto è conseguenza dell'unicità del credito, intesa con la cessazione del beneficio del termine per l'avvenuto concorso dei creditori. Ed il corrispettivo, la *causa* del credito, è manifestato necessariamente con la surrogazione nel rapporto di locazione.

Digitized by Google

pagato l'intero ammontare dei fitti scaduti e da scadere: e qui possono occorrere diversi casi: o i mobili sono sufficienti per effettuare il pagamento, e non si ha difficoltà di sorta, perchè i creditori possono sublocare, e trarre partito dal prezzo della sublocazione; o non sono sufficienti per soddisfare alcune parti del fitto da scadere; o si può con essi soddisfarne qualche annata, compresa, s'intende, nella estensione del privilegio.

Sulla risoluzione di queste due ultime difficoltà, si è venuto variamente manifestando l'avviso degl'interpreti. È stato insegnato, che la locazione convenuta non può essere ridotta, per ostarvi l'unità giuridica del rapporto, e perciò i creditori concorrenti debbono esservi surrogati nella sua interezza: ma se i mobili non fossero sufficienti per soddisfare il locatore dell'intero credito per il quale ha privilegio, nè essi volessero anticipare la somma occorrente, il diritto di sublocare non è perduto, se presentano al locatore un conduttore che introduca nella casa, o nel fondo, mobili sufficienti per garantire il pagamento del fitto; o danno sicurtà che questo sarà regolarmente effettuato alla scadenza dei termini. Purchè, si aggiunge, nel contratto originario non si fosse convenuto il divieto di sublocare, che darebbe al locatore il diritto di scelta tra il domandare la risoluzione del contratto e l'accoglimento dell'espediente immaginato a favore dei creditori (1). Dottrina non rispondente alla legge: e per più capi. Lasciando da parte l'osservare che ai creditori è conceduto il diritto di sottentrare nella locazione, senza che questa surrogazione sia una sublocazione, due obbiezioni gravi abbattono la costruzione proposta: la prima è, che se la legge, conciliando i principî dell'assunzion di debito, con quelli che governano l'esercizio delle azioni e diritti patrimoniali del debitore (2), ha ordinato di concederlo quando il corrispettivo sia interamente pagato, è certo che, se il locatore non vi acconsente, l'obbligazione personale dei creditori e la garanzia che dànno, non hanno valor di pagamento: il quale è appunto richiesto, perchè s'è voluto se non escludere, limitare assai l'obbligazion personale. La seconda è che,

(1) DURANTON, op. cit., XIX, nn. 90, 91.

(2) Non si può sostituire altro debitore nel rapporto di obbligazione, se il creditore non vi acconsente (v. CHIRONI, *Ist. di D. c.*, § 266 e segg.); di qui risulterebbe, secondo la legge francese, la necessità del *pagamento*, senza che a sostituirlo valga la cautela offerta dai concorrenti creditori del conduttore. V. LAURENT, op. cit., XXIX, 403.

Digitized by Google

posta la teoria descritta, mal s'intende come si voglia limitarla quando nel contratto esistesse la clausola vietante la sublocazione: se rispetto ai creditori non può avere efficacia, perchè si vorrà inferirne, che l'esistenza di essa obbliga i creditori concorrenti a pagare il credito privilegiato del locatore, quando vogliano esercitare la sublocazione? Il difetto di ricerca sulla necessità di questo pagamento integrale, induce la contraddizione delle due risoluzioni: nè si può toglierla argomentando dalla clausola del divieto di sublocare, che rispetto ai creditori non ha mai importanza.

Egual critica si deve opporre alla dottrina, che, affermando la necessità del pagamento integrale, non ne ricerca il fondamento: tant'è, che esclusa l'applicabilità della norma sull'esercizio dei diritti patrimoniali del debitore, non rileva la relazione che corre tra i due elementi, e la costruzione riesce al tutto vaga; come avviene della teoria (1), che a fondamento del privilegio pone l'istituto della surrogazione derivata dal pagamento che altri faccia per il debitore con l'intenzione accertata ed accolta di subentrare nei suoi diritti: e apparentemente la dottrina regge. Ma, senza osservare che i creditori venuti in concorso del locatore, non hanno figura propria di terzo pagante, perchè sebbene il privilegio conduca al pagamento, questo non è fatto da essi; e che poi non s'avrebbe la surrogazione, con gli effetti ordinati dalla legge rispetto al debitore per il quale il pagamento è fatto, ma surrogazione nei diritti contro il creditore surrogante; a parte ciò, il pagamento onde nasce la surrogazione deve riferirsi a tutte le annate contenute nel negozio di locazione. Come si fa a ridurlo, senza che la legge dia questo effetto al concorso dei creditori? Che rileva il dire, non aver il creditore diritto di esigere gli affitti non scaduti, se non si può ridurre, contro la sua volontà, la durata del contratto?

E appunto contro l'argomento derivato dall'unità del contratto, urta la dottrina proposta da alcuni dottori francesi del diritto dei creditori di sublocare per il tempo rispondente al valore di quei fitti esatti con la vendita dei mobili, e pagati al locatore. No; i creditori non possono a loro arbitrio ridurre il contratto, e debbono osservarlo per intero, e pagare del proprio quanto eccede ancora dal valor dei mobili. L'equità potrà suggerire, come s'è osservato,

(1) LAURENT, l. cit.

Digitized by Google

il diritto loro di dar cautela; ma non può, neppure ricorrendo alla figura della surrogazione, modificare il contratto (1).

Nè, posto ciò, si potrebbe contestare ai creditori il diritto di sublocare, offrendo al locatore il pagamento com' è contenuto nel suo privilegio: sebbene ad alcuni sia parso, che la sublocazione è correttivo del privilegio, e quindi cessi quando il creditore-locatore rinunci al privilegio pei fitti non scaduti (2). Ora, è vero che si riferisce al privilegio: ma badando al fondamento che questo ha, s'intende come sia pure diritto dei creditori (3).

118. A discussione parimenti grave ha dato origine il provvedimento ordinato dalla legge francese per ovviare al secondo degli inconvenienti avvertiti. La giurisprudenza degli antichi tribunali (4), a fin d'impedire che i creditori concorrenti avessero danno dall'accordo frodolento del locatore col conduttore, seguito a fin di travisare a loro detrimento i patti fissati, distinguevano il caso che la locazione risultasse da atto notarile o da scrittura privata con data certa, dal caso opposto: e se occorrendo il primo, comprendevano nel credito del locatore così i fitti scaduti come quelli da scadere, nell'altro ne limitavano la quantità. Nella legge odierna, la distinzione è ricomparsa (5), e s'è insegnato, che s'è voluto proteggere gli interessi dei creditori concorrenti, contro l' incuria del locatore nell' esazione dei fitti, e contro la possibilità di suoi accordi frodolenti col conduttore (6); e giustamente; ma considerata la ragione storica del provvedimento, s'è poi aggiunto che la distinzione si

---

(1) Cfr. gli Aut. cit. nella n. 2 della pag. 253.

(2) V. su questo argomento la discussione in PONT, op. cit., I, n. 128; e da ultimo v. LAURENT, op. cit., XXIX, n. 400.

(3) Il privilegio spetta al locatore per la qualità del credito, e si estende com'è richiesto dall'unità del contratto; la surrogazione degli altri creditori è poi conseguenza del carattere che ha il diritto acquistato dal conduttore, sebbene non sia del tutto estranea la considerazione della *causa* del credito spettante al locatore. Ed il pagamento dei fitti non *garantiti* dal privilegio, è giustificato dal concetto di un'obbligazione personale, che dovrebbe passare in un terzo senza o contro il consenso del creditore.

(4) V. POTHIER, op. cit., n. 255, dove son ricordati, in una all'opinione di alcuni giuristi, gli Atti di notorietà resi dallo *Châtelet* di Parigi, in data del 7 febbr. 1688, 24 marzo 1702, 19 ott. 1716.

(5) Cod. civ. fr., a. 2102, 1°.

(6) V. specialmente DEMANTE, in. THEMIS, VI, 130 e segg.

Digitized by Google

riferisce soltanto ai fitti da scadere (1): e, traendo partito della locuzione alquanto oscura, e dalla insufficienza dei lavori preparatorî (2), si tien per vero, che rispetto al credito privilegiato dei fitti scaduti (3) non si debba distinguere secondo che la locazione risulti da atto pubblico, o scrittura privata con data certa, o pur sia semplicemente verbale; e che, per i fitti da scadere, il privilegio li comprende interamente nei primi due casi, e nel terzo per l'annata in corso e la seguente. E perchè nella disputa i dottori si son tenuti di soverchio alla lettera della legge, in virtù del principio che i privilegî non si debbono estendere oltre i limiti segnati dal legislatore (4), alcuni, più riguardosi, affermarono che il privilegio fosse, in quest'ultimo caso, ristretto al fitto dell'annata seguente quella in corso (5): escludendo così anche il fitto di quest'ultima (6): avviso ingiustificabile al tutto (7).

119. Lo svolgimento della dottrina francese rispetto all'entità del privilegio, e specialmente all'unità del rapporto, dànno il mezzo d'intendere con la maggior chiarezza i provvedimenti della legge civile sarda (8), che furono accolti quasi integralmente nell'italiana (9). S'è avvertito agli inconvenienti, cui la legge francese intese di ovviare, ordinando questa materia: e l'esposizione fatta consente di rilevare, come non risponda interamente al fine avuto in mira. Perchè, se giustamente vide che l'applicazion della regola, onde vien concesso ai creditori l'esercizio dei diritti e delle azioni patrimoniali del debitore, urtava in questo punto con l'altra, vietante al debitore

---

(1) Cons. AUBRY et RAU, op. cit., § 261; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 397 e seg. Cfr. tuttavia GRENIER, op. cit., II, 309, PERSIL, l. cit., nn. 14, 15; DEMANTE, l. cit.

(2) V. su questi fonti (LOCRÉ, op. cit.) la notevole discussione fatta dal DEMANTE, l. cit.

(3) Vedi la n. 7.

(4) Del significato di questo principio, molte volte inteso con restrizione assai esagerata, si dirà in seguito.

(5) GRENIER, l. cit.

(6) Così, PERSIL, l. cit.; cons. specialmente DEMANTE, l. cit.

(7) La L. 19 febbr. 1889 (*Ann. de Lég. fr.*, 1890, p. 49 e segg.) ha ristretto il privilegio del locatore di fondi rustici, al credito del fitto delle due ultime annate scadute, dell'annata in corso, e della seguente (art. 1).

(8) Cod. civ. sardo, art. 2157.

(9) Cod. civ. it., art. 1958, 3° cit.

Digitized by Google

di sostituirsi altra persona nel rapporto di debito senza che il creditore vi acconsenta, il provvedimento adottato urta contro l'entità giuridica del rapporto; perchè i creditori hanno il diritto di subentrare nell'esercizio della locazione, questa non perde il carattere che aveva nel contratto originario, e richiedere il pagamento anticipato di fitti da scadere non pagati con la vendita dei mobili, è cosa che modifica sostanzialmente la convenzione in cui nulla fosse detto rispetto all'epoca del pagamento, o disponesse le scadenze in termini speciali. Nè è qui contraddizione a quanto s'è affermato sull'unità del rapporto, ed alla scadenza anticipata del termine, per effetto del concorso; perchè, subentrati i creditori nel negozio costituito del debitore, e dando essi la cautela, è giusto che cessi il rigor della legge statuente la decadenza dal benefizio del termine (1). Perciò, l'inconveniente si poteva togliere, ordinando ai creditori che non volessero effettuare il pagamento anticipato, di dar cautela sufficiente: questo è lo spirito di quella tra le dottrine proposte, che, osservata l'equità e non la legge, insegna che i creditori possono soddisfare alle pretese del locatore, obbligandosi personalmente, o presentando un subconduttore, il quale introduca nella casa o nel fondo locato mobili sufficienti a garanzia della pigione (2). Meglio provvide la legge sarda (3), ordinando che i creditori concorrenti possano dare cautela per il credito non ancora scaduto: la legge italiana tenne eguale provvedimento (4), e lo migliorò di assai. I creditori possono avvantaggiarsi del diritto patrimoniale derivato dalla locazione, ponendolo in esercizio, ed il locatore soddisfatto non può giustamente opporsi a questo loro interesse. I quali, soddisfatto che abbiano alle pretese legittime del locatore, sottentrano nelle ragioni del conduttore; e per tutto il tempo cui si riferisce il fitto da scadere, pos-

---

(1) Cod. civ., art. 1176.

(2) Cons. AUBRY et RAU. l. cit.; cfr. LAURENT, op. cit., XXIX, n. 401.

(3) Cod. civ. sardo, art. cit.

(4) Cod. civ. it., a. cit. Certo, la locuzione non è felice: stando alla lettera v'è contraddizione grave dov'è detto: « *pagando al locatore quanto gli è dovuto con « privilegio, e dando cautela per i fitti non ancora scaduti* »: siccome i fitti da scadere entrano nel credito privilegiato, non si può intendere come i creditori debbano pagare quanto è dovuto con privilegio, e possano dar cauzione per fitti cadenti per l'appunto in esso. La ricerca sullo spirito della legge, dà ampiamente modo di correggere l'errata locuzione.

Digitized by Google

sono sublocare, malgrado il divieto che ne fosse convenuto nel contratto originario di locazione (1).

Ma dovranno subentrare per tutto il tempo da scadere fino al termine di questo contratto? È parso che la legge italiana non consenta a ciò (2): e che i creditori abbiano il diritto di surrogazione soltanto fino alla concorrenza dei fitti da scadere, pagati con privilegio sul prezzo dei mobili; e possano quindi scegliere, tra la surrogazione fino a tal termine, ed il dar cauzione anche per il residuo. La risoluzione non risponde alla ragion della legge; se questa non è determinata con esattezza, si propongono risoluzioni che urtano contro l'unicità del contratto, esistente rispetto ad ambe parti contraenti. Tenendo a rigore tale unicità, nè i creditori concorrenti potrebbero abbreviare il termine, e neppure lo potrebbe da sè il locatore; ma quando si osservi, che l'obbligazione di pagare o di dar garanzia per i fitti da scadere, corrisponde all'imposizione fatta al locatore di accettare un nuovo debitore, la volontà del creditore rispetto all'estensione del privilegio ch'egli intende di esercitare, ed al diritto suo di aver cautela per i fitti non scaduti, determinerà pure l'obbligazione dei creditori concorrenti (3). Nè vale l'obbiettare, che se i creditori concorrenti vogliono sublocare soltanto fino alla concorrenza dei fitti pagati col prezzo dei mobili, ed il locatore s'opponesse insistendo per la garanzia dei fitti da scadere, egli avrebbe il prezzo di un godimento che non dà ad alcuno: la legge non obbliga i creditori ad anticipare il pagamento, sibbene a cautelare il locatore (4).

---

(1) Ma qui è altro il fondamento della legge: la clausola non fa ostacolo, per un giusto correttivo posto al privilegio consentito al locatore. La dottrina francese aveva di già insegnato la nessuna virtù limitatrice di tal divieto (cons. AUBRY et RAU, l. cit.; LAURENT, op. cit., XXIX, 405); e la legge italiana ne accolse la decisione.

(2) Anche in questo punto la locuzione della legge non è felice. Cons. PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, n. 47.

(3) Quindi, se il locatore si è limitato nell'esercizio del suo privilegio a parte del termine statuito per la locazione, a questo tempo è ristretto il diritto di sublocare conceduto agli altri creditori concorrenti (Cons. Cass. di Torino, 30 nov. 1887, in *Foro it.*, 1888, I, 127).

(4) Tutto dipende dunque dal tempo per il quale il locatore vorrà esercitare il privilegio; lo accertano, la stessa locuzione della legge, che mette in relazione il diritto di sublocare col privilegio, e regola l'estensione di quello secondo l'entità dell'esercizio di quest'ultimo; e l'obbligazione di dar cautela per i fitti da sca-

Digitized by Google

Rispetto al secondo inconveniente, è innegabile che la legge francese non dette peso al riflesso che quando si concedono privilegi, e se ne regola l'estensione, si deve tener conto del fatto che il creditore, per incuria od altro, può aver causato il cumulo di molte annualità: ora, non si può senza ingiuria verso gli altri creditori concorrenti, e verso lo stesso concetto del privilegio, dare egual favore alla causa del credito, ed all'estensione ch'esso ha in seguito alla negligenza del creditore nel procurarne la esazione. Perciò la legge sarda unì questo concetto all'altro del pericolo di accordo frodolento, e limitò il privilegio non solo rispetto al credito dei fitti da scadere, ma anche a quello dei fitti scaduti: e la legge italiana, disciplinando ancor meglio la materia, ordinò si comprendesse nel privilegio il fitto dell'annata in corso, dell'antecedente, e delle successive fino al termine del contratto, se questo risultasse da atto pubblico, o da scrittura privata con data certa: e solo per il credito dell'annata in corso e della susseguente, nel caso contrario (1). La pubblicità inerente all'esercizio del contratto, giustifica l'esistenza di questo per l'annata in corso, e spiega il favore della legge per il credito dell'annata successiva: la presunzione della verità del rapporto è fatta valere per le due annate.

120. La determinazione del credito privilegiato, si fonda tutta sull'accertamento dell'*annata in corso*, cui si riferiscono gli altri termini di annata o scadenza *antecedente*, e annata o scadenza *successiva*. La locuzione *in corso* è a sufficienza dichiarata dalle osservazioni esposte sul privilegio del fisco e dell'enfiteuta (2), tratte da nozioni generali sul rapporto dei creditori col patrimonio del debitore: annata in corso è quella che si sta svolgendo, quando avviene un fatto legale per cui quel rapporto si effettua. In questa materia, spetta tal'efficacia al pignoramento, alla dichiarazione di fallimento; e l'annata in cui avvengono, ha nome di *annata in corso*.

---

dere, e non pagati. Se il diritto di scelta spettasse ai creditori, come si potrà intendere il diritto conceduto al locatore, di unire al privilegio la cautela per i fitti da scadere non pagati sul prezzo dei mobili venduti? E conferma questo concetto, la disposizione speciale che ha il Cod. di commercio, sulla facoltà di risoluzione del contratto, conceduta alla massa dei creditori del fallito (art. 703, 763, 2°).

(1) Cod. civ. it., a. 1958 cit.

(2) V. in q. cap. i §§ 1, 2.

Digitized by Google

Ma qual'annata? Evidentemente, quella che è determinata dalle singole scadenze annuali, e fa capo dal tempo in cui la locazione è cominciata: perchè all'annata (od al termine minore compreso in essa) si riferisce il *prezzo* del godimento, ch'è il credito privilegiato del locatore. In questa determinazione, è necessario di aver presente il criterio posto dalla legge a fin d'impedire un accordo frodolento del locatore col conduttore a danno degli altri creditori: se il locatore reclama il privilegio concesso per il credito risultante da documento con data certa, è necessario che tal certezza s'abbia già al tempo in cui ebbe esistenza il fatto che generò il concorso, e però il rapporto col patrimonio (1). Il momento dal quale si calcola il principio della locazione, non è dunque la data accertata, secondo che vuol di regola la legge (2); il pericolo di frode cui s'è inteso di ovviare, si riferisce alla durata del rapporto, alle annate da scadere, perchè rispetto alla scaduta è facile sapere se la locazione è stata esercitata.

Che se questi termini si dovessero considerare rispetto alla riconduzione, è necessario distinguere: o nel contratto stesso di locazione è stata preveduta la possibilità della riconduzione, ed è stata regolata, e si dovranno desumere dalla convenzione gli elementi che si riferiscono al prezzo ed alla durata, osservando se la scritta ha avuto data certa anche dopo cominciata la riconduzione, ma prima del fatto determinante il concorso; o nulla s'è detto, o nulla si può inferire rispetto alla durata, ed allora questa dev'essere regolata dalla legge. Perciò, se non si fosse fatto cenno di riconduzione, e la durata così determinata fosse di un solo anno, il locatore, creditore di due annate, non potrà, se l'annata in corso fosse la seconda, valersi della data certa della scrittura, per avere il privilegio di due annate; la riconduzione è qui regolata interamente dalla legge, e si presume che le parti, spirato il primo con-

---

(1) Cons. AUBRY et RAU, op. cit., § 261; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 387; VALETTE, op. cit., I, p. 68; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, n. 45. L'accertamento della data deve aver luogo secondo la regola generale. Cod. civ., a. 1327.

(2) Cfr. PACIFICI-MAZZONI, l. cit. Accogliendo il concetto enunciato nel testo, non par dubbia la risoluzione propugnata; la certezza della data si deve avere al momento del concorso. Altri afferma che siccome l'annata antecedente è pur compresa nel privilegio, la certezza della data deve aversi fin dal principio di essa; ma, sebbene non si possa negare che questa teoria abbia buona motivazione, è assai più logico argomentare dai criteri che governano l'esercizio del privilegio.

Digitized by Google

tratto, abbiano tacitamente convenuto non il *prolungamento* di essa, ma la sua rinnovazione per quella durata ch' è stabilita dalla consuetudine (1). È nuovo contratto, non risultante da scrittura: la scrittura onde può constare il rapporto precedente, vale soltanto a far presumere i patti consentiti dalle parti.

Se invece, la rinnovazione fosse preveduta nell'atto, e non ne fosse determinata la durata, il locatore si può valere della data certa di esso, perchè la rinnovazione ne è parte; la durata che non vi fosse regolata, sarà stabilita, così per le annate scadute come per quella da scadere, secondo i criterî dati su questo punto dalla legge.

120bis. Con ciò, è posta nettamente la regola sull'estensione del credito privilegiato, ossia del privilegio: altre questioni sul computo dei termini così designati, troveranno sede più conveniente nell'esporre come il privilegio si eserciti.

C.

A chi e contro chi è dato il privilegio; e su quali cose.

Sommario. — **121.** È dato al locatore, al sublocatore, al cessionario del credito. È dato al locatore che abbia ceduto la proprietà della cosa, o ceduto il credito del fitto, mentre la locazione è in corso? — **122.** È dato soltanto al locatore di cose immobili? — **123.** E contro il conduttore ed il subconduttore. Ragion del rapporto che è tra questo ed il locatore originario.

121. Il privilegio non è dato alla persona, ma al credito, perchè giustificato da considerazioni sulla qualità di esso; chi ha il credito, ha dunque il privilegio che gli è unito. La qualità ond'è giustificata la prelazione, segnala il credito nel suo nascere, e lo accompagna senza che la mutazione nella qualità del soggetto, o la

---

(1) Su questa entità della riconduzione tacita, nessun dubbio è nella dottrina. V. sull'applicazione che ne fa alla questione, Troplong, op. cit., I, n. 157. Si afferma, che, determinata dalla legge la durata della riconduzione, non esiste quel pericolo di frode onde ha ragione la cautela ordinata dalla legge, e che il provvedimento di questa dà certezza alla data: Troplong, l. cit.; Laurent, op. cit., XXIX, n. 389. Pacifici-Mazzoni, l. cit. in f. La dottrina così proposta ripugna alla legge; la riconduzione è nuova locazione non risultante da scrittura, e non è quindi possibile l'applicazione del concetto di data certa, riferibile alle sole scritture (Cod. civ., a. 1327). Rispetto alla decisione qui seguìta, cons. C. civ., a. 1594.

Digitized by Google

surrogazione sua v'abbia influenza alcuna; è determinata dalla natura del rapporto, e come qualità *oggettiva*, lo segue così, da doversi dire che la causa della prelazione è nel credito stesso. Applicando questo criterio, si può affermare che il privilegio conceduto al credito derivante dal contratto di locazione, può esser fatto valere non soltanto dal locatore, ma anche dal sublocatore, il quale nei rapporti col subconduttore è vero locatore, perchè si obbliga a prestare il *godimento* della cosa: che è modo di essere di quello costituito in virtù della locazione, e ne ha direttamente causa, onde il rapporto del locatore col subconduttore (1). Se il locatore, od il sublocatore cedessero il credito derivante dalla locazione o sublocazione, la cessione nulla toglie alla qualità originaria del diritto ceduto, e il cessionario può valersi del privilegio: il quale, riferendosi alla natura del rapporto, dev'essere determinato in relazione al contratto, che dà i termini occorrenti a decidere se vi sia data certa, ed a computare l'annata in corso e le altre cui si estende la prelazione conceduta. Non è che la cessione contenga soltanto la trasmissione dell'esercizio, secondo il concetto svolto dagli antichi giuristi, che la riferivano all'*azione utile* (2): vi è contenuto effettivamente il diritto stesso di credito, e perchè questo ha causa in un determinato rapporto, onde trae la qualità, non si può valutare il privilegio se non risalendo al contratto dal quale quel rapporto emana. Per lo stesso motivo, se il proprietario alienasse la proprietà della cosa locata, oppure il locatore cedesse il suo diritto, il credito che fosse scaduto prima di tale avvenimento, e che avessero conservato, ha il privilegio, nei termini ordinati dalla legge: la cessazione del rapporto con la cosa locata, nulla toglie alla sua entità.

Le questioni ora decise, non presentano difficoltà seria, quando si argomenti dai principî: dànno invece causa a gravi dubbî, quando si voglia studiarle col concetto che è posto dalla dottrina comune a fondamento del privilegio. Perchè, tenendo che questo derivi dal pegno tacito sulle *invecta et illata*, s'insegna dai più (3), che ces-

---

(1) V. in seguito, il n. 123.

(2) Sull'entità della cessione, v. ora CHIRONI, *Ist. di D. C.*, II, §§ 268, 269, e gli Aut. che ricorda.

(3) Cons. AUBRY et RAU, op. cit., § 261; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 383; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 28*bis* III; PONT, op. cit., I, n. 117; MARTOU, op. cit, II, 389; THEZARD, op. cit., n. 336; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, 43. I lavori preparatorî

Digitized by Google

sata la relazione del locatore con la cosa od il fondo locato, non s'ha più il possesso della cosa, e per essere venuto meno il pegno, è tolta la ragion del privilegio: ma, a parte la considerazione che l'elemento del *possesso* non esiste, e la figura dell'ipoteca legale è soltanto fondamento storico dell'istituto, la dottrina mal s'accorda con la sostanza giuridica del privilegio. Se è qualità del credito, qual'influenza può esercitare su di esso il cangiamento delle persone rispetto alle quali è originariamente sorto? Si è voluto soccorrere questa decisione, argomentando dalla rinuncia tacita al privilegio, desunta, quasi necessariamente, dal distacco del creditore dalla cosa in cui si trovano le *invecta et illata:* ma la rinuncia non si presume, e qui non vi ha necessità di presumerla, perchè la prelazione è causata dal credito, cui dal distacco non è mutata la ragione originaria. E la grave contraddizione di questa dottrina è patente nella questione sulla validità della riserva espressa, che dovrebbe escludere la presunzione di tacita rinuncia; perchè, argomentando dal concetto di pegno, la dottrina comune non l'ammette (1), mentre a ragionar su questo criterio e sull'altro della rinuncia tacita, si potrebbe obbiettar che è valida, elidendosi tal rinuncia con l'espressa volontà contraria, e potendosi tenere il pegno per mezzo di rappresentante: considerazione confortata dall'avvertire alla nozion del privilegio come qualità del credito. Ora, nè possesso vi è; nè dato l'argomento della qualità del credito, è possibile distinguere la rinuncia tacita e la riserva espressa, conservandosi la qualità indipendentemente dalla

---

del Cod. franc. (GRENIER, *Relaz. del Trib.;* LOCRÉ, VIII, n. 17, p. 258) accennano nettamente a questo concetto: ma se l'accenno che vi è fatto risponde al diritto tradizionale, o meglio alla nomenclatura giuridica tradizionale, titolante d'ipoteca tacita il privilegio del locatore, non per questo la teoria è più fondata. Pur argomentando dal pegno, se è accessorio del credito, come si può intendere la cessione di questo, senza la garanzia che gli è unita? Il locatore cedente, ed il nuovo proprietario cui sia data conoscenza del rapporto, avranno una garanzia comune; la cui durata e la estensione son regolate, per il concorso, secondo la durata del privilegio. Tuttavia, cfr. Cass. fr. 14 dic. 1892 (in *Journ. du Pal.*, 1893, 1, 169); e la relaz. di LOUBERS (loc. cit., pp. 171 e seg.); e cons. nel senso della decisione qui sostenuta, LABBÉ (loc. cit. in n.).

(1) Cons. specialmente LAURENT, op. cit., XXIX, 383; AUBRY et RAU, § cit., t. e n. 4; MARTOU, op. cit., II, 389. La risoluzione è fondata sul concetto del pegno, richiedente il possesso della cosa come elemento essenziale (v. LAURENT, l. cit.); e la figura del pegno è poi ristretta alla relazion del creditore verso la cosa locata, nè tolta questa condizione è ritenuto possibile.

Digitized by Google

volontà manifesta, che può abbisognare per toglierla, non per mantenerla. Nè la costruzione della rappresentanza è fatta esattamente, quando pure il concetto del pegno tacito fosse accoglibile: se il locatore cedente conserva il pegno, ed il cessionario lo rappresenta, come questi potrà esercitare il privilegio che gli spetta in qualità di locatore? dire che il cedente ha liberato in parte la garanzia, non è corretto (1); si potrebbe dire, che la cosa è posseduta dal locatore attuale per il pegno del credito suo, e per il pegno del rappresentato, ma bisognerebbe decidere se in questo pegno si serbi la regola della priorità, o se i due crediti, egualmente privilegiati, concorrano (2).

Costruendo sulla nozion del privilegio, queste incertezze spariscono. Vero è, che la nascita di esso a favor del locatore richiede siano le cose *illata et invecta*, e parrebbe doversene pure inferire la necessità della relazione tra il locatore e la cosa locata, a fin di conservarla; ma si deve avvertire come posto ciò, la qualità si rife-

---

(1) L'antico locatore, fosse o pur no proprietario della cosa locata, può conservare un credito verso il conduttore, dipendente dalla locazione seguita fino a quando egli perdette il potere od il godimento della cosa; se il privilegio è qualità del credito, perchè levarglielo? Non ha più il pegno, si afferma; ma nel privilegio del locatore manca la figura propria del pegno, come si è osservato, e si dirà in seguito: il pegno è la ragione storica del privilegio, che nel diritto odierno ha assunto carattere distinto dalla garanzia reale.

Posto ciò, supporre la liberazione del pegno non è possibile, perchè la rinuncia non espressa non si presume; non è pegno che si estingue per la mancanza del possesso; è privilegio, il quale continua ad essere unito al credito, se il creditore non vi ha rinunziato indubbiamente.

(2) Concorrono in ragion del tempo cui si riferisce il privilegio del credito derivato dalla locazione; la prelazione è congiunta al credito nella sua unità, indipendentemente dal numero dei creditori cui può spettare. Considerazione esatta, argomentando dal concetto del privilegio; ma quando si costruisce sul pegno e sulla rappresentanza, sorge la difficoltà segnalata nel testo (Cons. Labbé, l. cit.).

Si osservi, sulla question principale decisa, che la surrogazione, convenzionale o legale (Cod. civ., a. 1251, 1252) nel credito derivato dalla locazione, induce il godimento del privilegio (Ferrières, op. cit., a. 171, n. 2; Pothier, *S. la Cout. d'Orl.*, intr. au t. XIX, n. 32 in f.; Merlin, op. e v. cit., sez. III, § 2, n. 3; Troplong, op. cit., I, 152 in f.). Si potrà giustificare la diversità di risoluzione nelle due ipotesi, affermando che il credito in cui il terzo è surrogato, è nato rispetto alla persona tuttora in possesso della cosa, e quindi del *pegno* sulle *invecta*; ma il ragionamento non è corretto, perchè, convenuta la surrogazione, vi ha successione (unilaterale) nel diritto di credito, che vien separato per intero dal creditore, rispetto al quale ebbe nascita.

Digitized by Google

rirebbe alla persona, esisterebbe in lei, mentre alla persona deriva dalla causa del credito (1); e l'*illatio* è soltanto necessaria per costituire, determinare il patrimonio speciale destinato al soddisfacimento del credito derivato dalla locazione.

122. La ragion del privilegio, dedotta dalla causa onde trae esistenza l'obbligazione di far godere, spiega senz'altro, perchè essa è conceduta al locatore di case o di fondi rustici; se la locazione avesse per oggetto una cosa mobile, il locatario ne godrebbe trasportandola presso di sè, e non sarebbe possibile estendere in alcun modo a questo caso i termini del privilegio: nel diritto antico vi ripugnava il concetto della *perclusio*, come nel diritto odierno vi resiste, per impossibilità, il termine dell'*illatio*. Si potrebbe argomentare la decisione dal modo col quale si esplica il godimento della cosa mobile, che si adopera maneggiandola, o senza il bisogno di strumenti adatti a produrlo; ma la considerazione non è sempre vera: possono occorrere casi, in cui il godimento della cosa mobile non si ottiene se non coi mezzi adatti, secondo avviene delle macchine.

Pure, se il privilegio è ristretto ai due casi avvertiti, non si può generalizzare (2), affermando che si riferisce soltanto alla locazione di cose immobili, talchè se nella casa o nel fondo locato esistessero cose mobili, cui non potesse convenire il carattere di immobili per destinazione, il privilegio debba spettare per la locazione dell'immobile, non dei mobili, sebbene nella locazione le due cose siano comprese come sola unità, ed il rapporto sia stato costituito per averle le parti considerate in tal guisa: la qual cosa avviene specialmente nella sublocazione (3). Ora, qui non si verifica

---

(1) V. le note precedenti.

(2) Che il privilegio sia conceduto al credito derivante dalla locazione di immobili, non è dubbio; la ragione storica dell'istituto, e la lettera stessa della legge lo dimostrano. Ma si dovrà inferirne, che, malgrado la relazione voluta dalle parti nella stipulazione del contratto, tra l'immobile e le cose mobili che vi fossero contenute, anche se non ne derivasse la figura di immobilizzazione per destinazione, il privilegio si avrà soltanto per l'affitto dell'immobile? La risoluzione farebbe troppo rigida applicazione della legge; la locazione è una, ed ha per oggetto l'immobile, come elemento principale, ed i mobili: si riferisce cioè alla cosa, od al fondo, considerati nello stato risultante dall'esistenza dei mobili servienti per ottenere il godimento stipulato. Confr. AUBRY e RAU, op. cit., § 261, t. e n. 4; LAURENT, op. cit., XXIX, 380; MARTOU, op. cit., III, 389.

(3) Se i mobili fossero del sublocatore.

Digitized by Google

quell'ostacolo avvisato di sopra, che impedisce al tutto l'estensione del privilegio alla locazione di cosa mobile, e cessa la ragion di restringerlo; e se la casa od il fondo fossero locati o sublocati con tutti i mobili che vi esistono (1), s'intende, che nella mente delle parti non v'ha distinzione di rapporti, che l'uno non può esistere separatamente dall'altro; nè la legge concedette il privilegio per la locazione d'immobili, ma determinò meglio il concetto della prelazione riferendosi alla locazione di case e di fondi rustici. Era qui forse impossibile la *perclusio*? lo è forse l'*illatio*? e se il conduttore (quando non lo vietasse il contratto) volesse sublocare l'appartamento a camere mobigliate, si dovrà distinguere, contro l'entità del contratto, il godimento della camera da quello della mobiglia, e negargli in parte il privilegio su quanto vi ha introdotto il subconduttore?

Non si può dunque estendere il privilegio alle locazioni di mobili fatte separatamente; ma nella locazione di case o di fondi rustici, non si deve distinguere secondo che sia fatta per il solo immobile, oppure per questo e gli attrezzi od altri mobili che vi fossero contenuti: nella mente delle parti la locazione è unica. La decisione sarebbe diversa, se nell'atto fossero considerati distintamente come due rapporti diversi, la locazione della casa e la sublocazione dei mobili, o la sublocazione di quella e la locazione di questi, o la locazione o la sublocazione di entrambe cose; oppure se, dopo averli considerati unitamente, fossero separati in seguito.

123. Il privilegio è dato al credito del prezzo della locazione; cosicchè, se il conduttore avesse debito verso il locatore per altra causa, la sua qualità di conduttore non opera su questo rapporto in modo da estendervisi la prelazione; e se la casa od il fondo fossero locati a due persone non obbligate solidariamente al pagamento del prezzo, ma in modo che ognuna si fosse resa garante dell'altra, il

---

(1) Cfr. C. di app. di Grenoble, 20 febbr. 1843 (*R. de Sir.*, 1844, 2, 11). Stando al concetto esposto, l'entità della locazione è determinata dall'intendimento delle parti; quindi, locato un fabbricato destinato per uso industriale, dotato di macchine fisse, di attrezzi mobili, e di una data forza motrice idraulica, la locazione unica non consente di distinguere i mobili dagli altri meccanismi immobilizzati per destinazione; ma si riferisce allo stabile destinato com'è ad un certo uso industriale. Diversamente avverrebbe se la locazione fosse pattuita distintamente; o se la sublocazione dello stabile e la locazione degli attrezzi fossero considerate separatamente, quantunque nel medesimo atto.

Digitized by Google

locatore che si vale del rapporto di garanzia, non può pretendere il privilegio, perchè la sua pretesa è fondata non sulla locazione, ma sulla fideiussione. Il credito risulta dal contratto di locazione, ma non è compreso nella sua entità giuridica; se anche fosse detto espressamente, che il locatore consentì al contratto di locazione col fideiussore soltanto per essersi questo assunta la garanzia, questa non si deve considerare quale obbligazione risultante dalla locazione: può esserne motivo, non causa: può aver determinato il consenso a locare, ma è termine estraneo al rapporto costituito. Altro insegnamento si potrebbe inferire dalla giurisprudenza antica: si dubitava, se il locatore potesse ritenere le *invecta et illata*, a fin di garantirsi d'altro credito che avesse verso il conduttore, e si affermava (1), argomentando dalla regola per cui si concedeva genericamente questo diritto in materia di pegno; e sebbene si obbiettasse resistere a ciò la legge stessa concedente la ipoteca tacita, tenendovisi soltanto parola del credito cadente nell'*a. locati*, pure l'opinione comune seguiva la decisione riferita (2). Certo non esatta, perchè l'ipoteca legale dev'essere tenuta entro i confini segnati dalla legge che la crea, e qui, era conceduta per i crediti derivanti dal rapporto di locazione, nè poteva sopportare l'estensione contenuta nel diritto di ritenzione per altro credito: ad ogni modo, nel diritto odierno è altro il fondamento del privilegio, e la regola proposta non può essere modificata con argomenti dedotti dalla dottrina antica.

Come si è avvertito rispetto alla cession del credito (3), così nell'assunzione di debito, il rapporto di obbligazione non cangia di natura e qualità: ma la ragione stessa dell'istituto, conduce a diversi risultati sulla esistenza del privilegio. Perchè l'assunzion di debito non ha validità di fronte al creditore, s'egli non consente alla sostituzione, non potendo il debitore diminuir da sè l'efficacia del diritto

---

(1) Bartol., ad l. 11, § 5, *D. de pign. act.* (XIII, 7); Negusant, Op. cit., p. 2, m. 4, n. 129.

(2) Negusant, l. cit. La contraddizione aveva buon fondamento, perchè la legge onde traeva origine l'ipoteca tacita, pareva dovesse restringerla alla sola ipotesi, in vista della quale l'aveva introdotta; ma, a parte la considerazione generalmente accolta, che questa ipoteca derivasse meglio dalla presunta volontà dei contraenti, si osservava, che la ritenzione era provvedimento generale, adattabile al rapporto di pegno comunque sorto.

(3) Cons. su quest'argomento Chironi, *Istit. di D. c.*, II, §§ 268, 269.

Digitized by Google

di obbligazione; tant'è, che questa considerata dal lato del debitore, ha forse più di elemento personale di quanto non ha considerata rispetto al creditore; e però, se il locatore non ha consentito all'assunzione, conserva il diritto contro il conduttore, e così il privilegio che gli spetta. Se poi ha consentito, e s'è voluto proprio *novare*, s'intende che senza la riserva espressa, il privilegio annesso all'obbligazione antica, non segue la nuova ch'esiste sottentrando a quella estinta: o s'è voluto tener l'assunzione nel suo termine vero di surrogazione del soggetto, senza che la mutazione di esso influisca sulla entità del vincolo giuridico, e la riserva è del pari necessaria, perchè nel fatto del *consenso del creditore*, richiesto affinchè l'assunzione valga rispetto a lui (ciò che non avviene per il debitore nel caso di cessione), si scorge la rinuncia tacita al privilegio (1). Dal momento che il consenso occorre per non danneggiare il creditore, il quale potrebbe perdere la cautela a lui derivante dall'entità del patrimonio spettante al debitore, quando esso si ha, è ragionevole presumere la rinunzia a tal garanzia. Onde la necessità della riserva.

Se il conduttore avesse sublocato, il locatore può agire contro il subconduttore: nè qui si vuol accennare al privilegio sulle cose da questo introdotte, ma soltanto all'azion personale conceduta al locatore contro di lui per ottenere il pagamento del prezzo dovuto dal primo conduttore, fino alla concorrenza di quello ch'egli avesse pattuito e non pagato, o non bene pagato (2). Non è possibile dubitare della non esistenza di rapporto personale tra il primo locatore ed il subconduttore, il quale ha contrattato soltanto col primo conduttore, che rimpetto a lui ha qualità di locatore; onde pareva mirabile agli antichi dottori (3), che il locatore potesse esercitare la ipoteca tacita sulle cose introdotte dal secondo inquilino nella casa

---

(1) La risoluzione deriva dal concetto stesso dell'assunzione di debito. Vero è, che rimanendo invariato il rapporto, non cangia di entità il credito, e perciò non dovrebbe mutare il privilegio che gli è unito; ma la costruzione teorica, come si dirà in seguito con maggiore ampiezza, cede alla necessità del consenso del creditore, per cui è messo in rilievo il rapporto strettissimo tra la persona del debitore, e la entità dell'*obbligazione*. Mutando perciò la relazione patrimoniale, non può sussistere il privilegio annesso al rapporto, se non vi è stata riserva del creditore consenziente all'assunzione.

(2) V. in seguito il n. 125.

(3) NEGUSANT, op. cit., p. 2, m. 4, n. 136.

Digitized by Google

locata, perchè tal garanzia non poteva nascere senza l'obbligazione di garantire, e questo elemento mancava. E se manca, perchè il locatore avrà azione contro il subconduttore? quale ne sarà l'entità, se non è possibile intendere il diritto espresso che gliene dà la legge, come applicazione speciale della regola ond'è consentito al creditore l'esercizio delle azioni patrimoniali del debitore (1)?

Basterà si avverta, per rispondere al quesito, come quest'azione sia pur essa un vero privilegio; a somiglianza di quanto avveniva ed avviene per i *frutti naturali* dei fondi rustici, la legge lo ha conceduto per i *frutti civili:* le considerazioni che giustificano la concessione del privilegio nel primo caso, lo dichiarano egualmente nel secondo, dove si debbono notare alcune particolarità derivanti dalla natura della causa che ha prodotto i frutti. Proposizioni che verranno maggiormente dimostrate, nel dire delle cose sul valor delle quali si può esercitare il privilegio.

D.

Delle cose *sul valor delle quali si può esercitare il privilegio.*

Sommario. — **124.** Idee generali. I *frutti.* — **125.** Le *cose* introdotte nella casa o nel fondo locato. — **126.** Cose altrui. — **127-128.** Cose del subconduttore. — **129.** Alienabilità della cosa.

124. L'entità dell' obbligazione che il locatore si è assunto col contratto di locazione, e la *causa* di essa, dichiarano con evidenza il fondamento del privilegio: se il godimento dei frutti s' intende conceduto, purchè il pagamento del prezzo sia fatto dal conduttore nei termini del contratto, è ben giustificata la prelazione data al locatore, per ottenere ciò che è *causa* del diritto di godimento. Questo rapporto tra i due termini di *prezzo* e *godimento,* può stare, senza che per coglierlo si debba ricorrere alla figura del diritto reale, come avveniva nel diritto antico con la costruzione della ipoteca tacita sui frutti; e la legge odierna lo delinea nettamente nella concessione del privilegio. Il quale, abbracciando in genere quel godimento che ha la sua ragion di essere nel soddisfacimento del-

(1) Cod. civ., art. 1234.

Digitized by Google

l'obbligazione imposta ed accettata per ottenerlo, comprende non soltanto le cose in cui naturalmente si concreta, ma anche quelle, che essendo mezzi necessari o adatti per esercitarlo, manifestano mediante la loro presenza nella cosa locata, l'attualità del godimento, o l'opera con la quale si vuol ottenere quella forma in cui si concreta e si estrinseca. Onde la distinzione di *frutti* e *cose introdotte nella casa* o nel *fondo locato* (invecta et illata).

Nella voce *frutti* s'intende dei frutti *naturali* (1), non dei *civili;* e la storia della legge dichiara esattamente questa limitazione. La quale, non induce l'esclusione dei frutti civili dal privilegio, perchè non altra, come si dimostrò, è l'azione del locatore contro il subconduttore; i frutti naturali ed i civili sono entrambi un prodotto della cosa, e manifestano con apparenza concreta la entità del godimento ch'è procacciato per essa: vi son cose che possono produrne di ambe qualità, e ve ne sono altre che possono darne soltanto di civili, purchè (2) la convenzione originaria non abbia limitato tale possibilità, vietando la sublocazione. Il ragionamento esposto giustifica il privilegio rispetto agli uni ed agli altri, e mostra quanto sia mal fondata la teoria, che, esagerando il concetto della ritenzione, costruisce sul presupposto che i frutti naturali spettino, per l'accessione, al proprietario del suolo, il quale li concede al conduttore del fondo, quando gli sia pagato il fitto: dottrina che all'opinion comune dà il solo argomento per affermare il diritto del proprietario sui frutti naturali, senza rilevare se il subconduttore abbia affittato ad un prezzo inferiore a quello stipulato dal conduttore (3). La teoria mal risponde al concetto dell'*ipoteca,* com'è posto nelle leggi romane: egualmente male, risponde al diritto odierno, dove si può accennare all'ipoteca, od alla ritenzione, soltanto qual fondamento storico del privilegio, o per avvertirne qualche traccia rimasta nel nuovo ordinamento dell'istituto; nè dichiara la ragion del privilegio se non per i frutti naturali, ed in questo

(1) Nel diritto odierno non ha più ragione di essere la distinzione proposta in JAS., *ad* l. 4 D. *de pact.* (II, 14), pr. n. 37, e § 1, n. 27 (in *Opera*, ed. cit.), dei frutti naturali dagli industriali. E neppur era accolta nel diritto comune: v. NEGUSANT, op. cit., m. 4, p. 5, n. 148; ACOSTA, op. cit., 2, III, a. 3, n. 45; RODRIGUEZ, op. cit., p. I, a. 8, n. 24, 27; MENOCH., *De ad. poss. rem.* (ed. cit.), III, n. 117; MANTICA, op. cit., XI, t. 15, n. 27.

(2) Cod. civ., a. 1573.

(3) V. su questo argomento, il n. 125 in f.

Digitized by Google

caso stesso non riesce a giustificare il privilegio concesso al sublocatore contro il secondo conduttore (1). La dottrina proposta, non ha queste mende, e senza rendere necessario espediente alcuno, chiarisce la differenza ch'è nell'esercizio del privilegio contro il subconduttore, e tra i frutti naturali ed i civili: la qual diversità non accusa varietà di principî, ma deriva dall'entità dei frutti. Perchè i *frutti naturali* son tutti quelli che il fondo ha prodotto o sta producendo, e si sa ben quali sono: i frutti civili son costituiti dal godimento che il conduttore trae dalla sublocazione, e perciò la entità di essi è data dalla quantità di questo godimento, fissato a sua volta dal prezzo dovuto dal subconduttore. Costruzione rispondente, per i risultati, ad un'altra che si può fare con meno astrattezza: il godimento rispetto al subconduttore dev'essere calcolato nella misura in cui egli s'ottiene, sebbene la entità ne sia uguale a quella considerata nel contratto di locazione: egli ha inteso di attribuirgli soltanto il prezzo fissato. Cosicchè, quando il privilegio comprende frutti naturali e civili, come avviene rispetto al sublocatore di fondi rustici, quelli vi son compresi per tutto il valore del credito, e questi nella proporzione del fitto fissato nella sublocazione.

La ragion del privilegio sui frutti naturali, ne determina esattamente l'oggetto: e soltanto al bisogno di tale determinazione ha voluto soddisfar la legge, ordinando alcune distinzioni che la legge sarda aveva dedotto dalla giurisprudenza francese. Distingue i frutti raccolti nell'annata, dagli altri raccolti nelle annate precedenti (2); e rispetto ai primi, la comune opinione (3) insegna, non essere ne-

---

(1) La costruzione proposta nel testo riunisce alla prelazione ordinata dalla legge a favor del locatore (C. civ., a. 1958, cit.), e dove indubbiamente è parola dei soli frutti naturali, quella che è contenuta nel diritto dato al locatore di agire contro il subconduttore, fino a concorrenza del prezzo da lui dovuto per la sublocazione (Cod. civ., a. 1574).

(2) Cod. civ. sardo, art. 2157. V. PASTORE, op. cit., su q. art.

(3) Cons. BORSARI, op. cit.; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, n. 39, pag. 93-95. Questo scrittore afferma, che per i frutti dell'anno basti la provienenza; per gli altri occorrebbe ancora il pegno tacito; ma su quali principî sicuri è fondata la distinzione proposta, se eguale è la ragion del privilegio? Egli argomenta dai motivi della disposizione ordinata nel Cod. civ. sardo; ma da questo fonte apparisce la volontà di estendere il privilegio ai frutti delle annate precedenti, non di distinguere secondo la dottrina proposta. V. pure POCHINTESTA, op. cit., I, 45.

Digitized by Google

cessario siano serbati in locali annessi al fondo locato, argomentando la distinzione dalla locuzion della legge, dove le due ipotesi di raccolta dell'anno e di raccolta anteriore apparirebbero separate, e dalla dottrina francese, che dà privilegio sui frutti raccolti nell'anno, anche se non serbati in locali dipendenti dal fondo (1). La distinzione così proposta, non par fondata; o si bada alla ragione storica del privilegio, e cioè all'ipoteca tacita, e nella dottrina tradizionale abbondano i fonti in cui è insegnata la cessazion del vincolo, come per implicita rinunzia, per effetto dell'asportazione dei frutti raccolti dal fondo (2); e il motivo di decidere non dà modo di distinguere secondo le annate del raccolto. O si bada al rapporto avvertito tra il prezzo d'affitto ed il godimento concretato nei frutti, e perchè s'abbia modo di esercitare il privilegio, che darebbe quasi immagine della ritenzione data al venditore, è d'uopo esistano ancora le cose nel fondo: altrimenti, si deve spiegare di necessità la virtù dell'acquisto fatto dal conduttore.

Si potrebbe tentar di costruire secondo la distinzione proposta, affermando che per i frutti raccolti nell'anno la brevità del tempo conceda di stabilire con sicurezza la provenienza di essi dal fondo, quantunque riposti in casa di altri o dello stesso affittuario; e che perciò, se in questi locali fossero pure serbati frutti raccolti da altri fondi spettanti all'affittuario, od anche allo stesso locatore che ne avesse già ricevuto il fitto, si dovrà separarli, stabilendo approssimativamente la quantità da riferirsi al fondo da cui provengono. La qual facilità verrebbe meno, quando si volesse stabilire la provenienza dei frutti raccolti negli anni anteriori; a diminuir quindi i dubbî, si può tenere abbia la legge ordinato che le derrate, su cui si può esercitare il privilegio, si trovino nelle abitazioni e fabbriche annesse al fondo. Nel quale fatto, sarebbe così la *presunzion* della

---

(1) Laurent, op. cit., XXIX, n. 430; Aubry et Rau, op. cit., § 261; Persil, l. cit., § 1, n. 9; Grenier, op. cit., II, 312; Troplong, op. cit., I, 159; Pont, op. cit., I, 123.

(2) Cons. specialmente Faber, *De err. pragm.* (ed. cit.), dec. LXI, err. 5; Acosta, op. cit., r. 1, ampl. 12, n. 27; Rodriguez, op. cit., p. I, art. 8, n. 8. Cfr. Menoch., *De adipisc. poss. rem.* (ed. cit.), r. III, n. 314; Negusant., l. cit.

Nel diritto odierno l'istituto dell'ipoteca tacita sui frutti non è accolto, come non è accolto per le *inv. et ill.*; ma a sicurtà della prelazione conceduta, è richiesta l'esistenza delle cose su cui cade, nella casa o nel fondo locato. V. in seguito, la ricerca sull'azion di ricupero data al locatore.

Digitized by Google

provenienza: perchè la ragion del privilegio esige, da chi vuole esercitarlo, la dimostrazione che l'*oggetto* ha le qualità occorrenti a sottoporvelo, il locatore (o sublocatore) deve dimostrare che i frutti o le derrate provengono dal fondo (1): quindi il soccorso della presunzione indicata, se le derrate si trovano nei locali annessi al fondo, salva la prova contraria. Neppur questa costruzione è accoglibile. Certo, la provenienza può essere facilmente stabilita nel primo caso (raccolta dell'anno), e meno facilmente nel secondo (raccolte anteriori); ma la necessità che in quest'ultima ipotesi i frutti o le derrate siano raccolte in locali annessi al fondo, non ha per fine la presunzione che sian provenienti da esso. Altrimenti, la legge non avrebbe richiesti i due termini: provenienza, ed esistenza in locali annessi al fondo locato. Si è più nel vero, quando si ritenga necessario il primo termine per la ragion del privilegio sui frutti, l'altro a fin di potere esercitare la prelazione come garanzia inerente alla concession del godimento. Posto ciò, nessuna presunzione di prova del primo elemento può dedursi dall'esistenza del secondo: esprimono due concetti distinti (2).

Richiesto com'è per l'entità del privilegio questo elemento della provenienza, se nelle abitazioni o fabbriche annesse al fondo, esistessero frutti non provenienti da quello cui si riferisce il debito dell'affitto, il privilegio non li colpisce; nè è corretta la dottrina, che non distinguendo con esattezza i termini ch'esso ha, attribuisce, quando le derrate siano raccolte nei locali indicati, la ragion del

---

(1) Su questa prova cons. App. Amiens, 4 dic. 1886 (*J. du P.*, 1887, 1, 715); Trib. d'Arbois, 14 giugno 1888 (*J. du P.*, 1889, 1, 606).

(2) Seguita la dottrina respinta nel testo, è facile avvertire, che, riposti i frutti raccolti nell'annata in un locale del conduttore, il quale ne dovesse pur il fitto, il locatore creditore di questo avrebbe privilegio, se ignorasse il diritto del locatore del fondo: così pure, se i frutti fossero riposti in casa di un terzo che li avesse acquistati (arg. C. civ., a. 707). Se poi, insieme ai frutti di un fondo fossero riposti quelli di un altro fondo, ed il conduttore dovesse il fitto ad ambi locatori, il privilegio ha luogo in proporzione del valore dei frutti raccolti rispettivamente nei due fondi.

Queste risoluzioni mostrano ancor meglio la debolezza della dottrina combattuta, priva di buon fondamento. Perchè, o si ammette l'*ipoteca* del locatore sui frutti, e l'affermazione contrasta assai ai principî del diritto ipotecario odierno; o si ammette che qui si tratti dell'azione di ricupero conceduta al locatore per i *mobili* asportati dal fondo, e la risoluzione ha contro di sè la lettera della legge, ed il fatto che il locatore non chiede di far rimettere i frutti nei locali dipendenti dal fondo affittato, ma conserva il privilegio pure lasciandoli dove si trovano.

Digitized by Google

privilegio al fatto dell'*illatio*. Se la risoluzione fosse corretta, non si dovrebbe più distinguere tra le derrate spettanti all'affittuario o subaffittuario, od a terze persone, come avviene per le *invecta et illata:* mentre il fondamento dell'istituto esige sempre la provenienza descritta. Sulla ragion dedotta dall'*illatio* si può costruire, quando le derrate raccolte non fossero provenienti dal fondo, e del fatto non s'avesse dubbio; ma avvenendo ciò, è d'uopo occorrano i termini necessarî all'efficacia dell'*illatio*, e certo mancano, se i frutti o le derrate raccolte non sono destinate a *fornire* il fondo locato.

125. Il privilegio s'acquista sulle *cose* che vi son soggette, mediante l'*illatio* nella cosa locata, o nelle *dipendenze* di essa (1).

Ma qual è il carattere dell'*illatio* nel diritto odierno? e qual funzione compie? e si dovrà tenere, che tutte le *invecta et illata* siano, perchè tali, sottoposte al privilegio del locatore?

La indagine storica dà mezzo di risolvere questa difficoltà, e di fornire i criterî occorrenti a determinare con esattezza le cose cadenti nel privilegio. Dalle notizie esposte sulla *perclusio*, e sul pignoramento privato com'era accolto nell'antico diritto (2), si può desumere la nessuna importanza dell'*illatio:* alla scadenza, il locatore non pagato del fitto poteva (privatamente dapprima, e poi con l'assistenza di un pubblico ufficiale) impossessarsi degli oggetti che si trovavano in quel momento nella casa locata. Il concetto del pignoramento, non può quindi consentire all'*illatio* il carattere onde fu distinta più tardi: posta ch'ebbe la dottrina la figura dell'ipoteca tacita, l'*illatio* segnò l'istante della nascita di questo rapporto, valendo essa a specificare, a determinare la cosa effettivamente ipotecata. Senonchè, la costruzione stessa dell'ipoteca tacita doveva limitare questa estensione dell'*illatio:* dallo scopo della garanzia si desunse quali fossero le cose sottoposte all'ipoteca, e si disse, ch'erano quelle

---

(1) Secondo s'è più volte avvertito, è questo il fatto determinante l'ipoteca tacita nel diritto romano (estesa poi alle *inv.* nei fondi rustici), ed il privilegio nel diritto odierno: dov'è richiesta la introduzione nella casa o nel fondo, dei mobili costituenti il patrimonio specialmente adibito a garanzia del locatore.

E perchè la dipendenza del fondo è parte di questo, basta l'*illatio* in essa. Cons. Cass. fr. 3 genn. 1883 (Dall. *pér.*, 1883, 1, 443).

(2) I fonti vennero già largamente citati e discussi.

Digitized by Google

introdotte nella casa con tale animo *ut perpetuo ibi maneant* (1), per starvi cioè fino al termine della locazione. Alla qual prima limitazione ne fu aggiunta altra, dedotta parimenti dalla tacita volontà dei contraenti; come nell'ipoteca generale espressa (2) s'intendeva avesse il costituente eccettuato dal vincolo del pegno alcune cose, e ciò per via dell'affetto speciale che poteva avere verso di esse, o per la stretta necessità dei suoi bisogni personali, così i commentatori (3) affermarono dovessero ammettersi eguali restrizioni nell'ipoteca tacita delle *invecta et illata*, perchè il pegno tacito, dall'azione della legge infuori, ha la stessa natura giuridica dell'espresso.

Nel diritto odierno si veggono le traccie di questi due istituti, d'indole così diversa: non vi è l'ipoteca tacita, ma all'azione di essa è dovuta la virtù attuale dell'*illatio*, cui, come s'è avvertito, spetta la funzione di determinare le cose effettivamente soggette al privilegio (4); determinazione per via di riferimento ad un fatto, e necessaria, perchè il privilegio del locatore non si estingue coll'escir della cosa dal patrimonio specialmente vincolato, ma è tutelato da mezzi conservativi speciali. Perciò, delle limitazioni dedotte dal concetto dell'ipoteca, è accolta quella che può essere dichiarata con altra costruzione, la causa cioè del privilegio: riferendosi esso al godimento della cosa com'esiste rispetto al conduttore, vi son soggette le cose che questo ha introdotte nella casa o nel fondo locato, a fin di avere la possibilità di trarne il godimento sperato. Ed allora, il criterio posto dalla legge romana, mostra tutta la virtù sua: le cose considerate come stromenti necessarî per ottenere il godimento, debbono servire fino a quando questo dura, e dev'esserne quindi *perpetua* la rimanenza nella casa o nel fondo (per la durata cioè dell'affitto). La legge odierna non ha inteso dir altra qualità, con la locuzione di « cose introdotte per *fornire* la casa od

---

(1) « *Debitor pactus est, ut quaecumque in praedia pignori data inducta invecta importata, ibi nata paratave essent, pignori essent: ...Respondit eos dumtaxat qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accomodarentur, obligatos* ». L. 32 D. *de pignor.* (XX, 1). V. pure L. 7 D. *in q. caus.* (XX, 2).

(2) L. 6; l. 7 D. *de pign.* (XX, 1).

(3) NEGUSANT., op. cit., p. 4, m. 2, n. 14; ACOSTA, op. cit., praef. ad r. III, n. 50; MENOCH., op. cit., r. 3, n. 132; MANTICA, op. cit., XI, n. 36; VOET, l. cit., n. 5.

(4) Anche se avvenisse nel corso della locazione. App. Algeri, 31 genn. 1891 (*J. du P.*, 1891, 1, 864).

Digitized by Google

il fondo locato » (1), ond'è ristretta giustamente la dizione, adottata dalle piu importanti fra le consuetudini francesi (2), che sottoponevano al privilegio tutte le cose *illata et invecta*.

Le applicazioni di questo criterio, mostrano con la loro correttezza il rigore logico della costruzione: i commentatori antichi, argomentando dal principio della perpetua rimanenza, decidevano, e bene, che il denaro (3), ed i titoli di credito non si dovessero comprendere tra le *invecta et illata:* altrettanto s'insegna dai dottori secondo la legge odierna (4); ma è poi tra essi dissenso nel decidere, se siano soggette a privilegio le pietre preziose, ed i gioielli (5), e se le argenterie lo siano nel solo caso che si trovino esposte per dare bellezza al luogo, o siano riposte in armadî. Distinzioni pensabili, soltanto quando non s'argomenta dai principî: se le cose sottoposte a privilegio son quelle destinate a fornire la casa od il fondo, perchè necessarie a trarne il godimento voluto dal conduttore (senza distinguere così i mobili necessarî o modesti, da quelli utili o di lusso), non vi possono esser soggette le altre mancanti affatto di qualità per tal fine. Perciò, le argenterie anche se non esposte in vetrine apposite per dare bellezza al luogo, ma lavorate a questo scopo, debbono essere considerate come destinate a rimanervi perpetuamente; così invece non è dei gioielli destinati soltanto all'uso della persona, siano riposti, oppur conservati in modo da essere visibili: e non è neppure degli abiti, e della biancheria, sebben possano rimanere *perpetuamente* nella casa locata, perchè la intelligenza giusta di tale locuzione, dev'essere dedotta dalla relazione tra la cosa, e la casa od il fondo in cui sono introdotte (6). Tant'è, che la legge ha obbligato il conduttore

(1) Cod. civ., art. 1958, 3° cit.

(2) Cons. di Parigi, art. 161. V. tuttavia BRODEAU, op. cit. sull'art. 161, n. 7; FERRIÈRES, op. cit. s. l'art. 161, gl. 17; POTHIER, op. cit., nn. 227, 249; DOMAT, op. cit., III, t. 1, seg. V, n. 16.

(3) NEGUSANT., op. cit., p. 2, m. 4, n. 14; MERLIN, op. cit., II, t. 1, q 46, n. 17; POTHIER, l. cit.; BRODEAU, l. cit.; FERRIÈRES, l. cit.; DOMAT, l. cit.

(4) PERSIL, l. cit., n. 5; TROPLONG, op. cit., n. 151; PONT, op. cit., I, 121; AUBRY et RAU, l. cit.; LAURENT, op. cit., XXIX, 416.

(5) DURANTON, op. cit., XIX, n. 79; AUBRY et RAU, l. cit.; LAURENT, l. cit.; e gli Aut. cit. nella n. precedente.

(6) Il criterio per decidere nei casi particolari, si riduce dunque a distinguere i mobili destinati a fornire il fondo, *secondo la condizion del conduttore*, da quelli destinati all'uso particolare della persona (v. specialm. le LL. 6, 7, 8 D. *de pign.*, cit.). Anche l'argenteria che servisse all'uso quotidiano (arg. L. 7 cit.) del conduttore e della famiglia, non può essere ritenuta come destinata a *fornire* la casa.

Digitized by Google

a fornire la *casa di mobili* sufficienti per garantire il fitto: ed è stata già avvertita la corrispondenza di questa disposizione con l'istituto del privilegio.

Col criterio proposto, si decide facilmente la questione, se il privilegio possa esistere sulle merci introdotte nella casa locata per farne commercio; la risoluzione data degli antichi interpreti dev'essere seguìta secondo la legge odierna (1), perchè le merci non sono introdotte nella casa con l'animo di farvele rimanere fino al termine della locazione. La *taberna* era tenuta per cosa suscettibile di pegno, e la dottrina dei giureconsulti su questo punto non lascia dubbio (2): essa era, e dev'essere considerata come universalità di fatto, la quale, per la sua natura, per la sua esistenza stessa, richiede la vendita degli oggetti che vi son contenuti, e l'acquisto di altri destinati a sostituirli, senza che per lo scambio la sua qualità abbia detrimento: un nome generale determina l'insieme delle cose speciali; ed il rinnovamento di esse (prodotto qui per opera dell'uomo, ma che in qualche caso può esserlo per virtù naturale delle cose stesse), è elemento necessario affinchè l'insieme rimanga sempre il medesimo. Il rinnovamento induce la identità; e questa, intesa in generale rispetto alla qualità dell'insieme, e indipendentemente dall'aumento o dalla diminuzione del numero delle cose singole, è il termine che dichiara il concetto della *universitas facti:* la quale, quando nel negozio giuridico sia stata considerata secondo la natura sua, dev'essere regolata come la legge fa in casi eccezionali per la universalità di diritto. La consistenza naturale e giuridica della *taberna,* malgrado il movimento delle merci destinate a fornirla, dimostra perchè nel diritto romano ne fosse possibile il pegno, e perchè questo si potesse esercitare su merci diverse da quelle che vi esistevano nel tempo della costituzione del rapporto. L'oggetto vero del pegno non s'era mutato nel frattempo. Ciò posto, s'intende pure, perchè, malgrado la figura del pegno, il locatore non avesse il privilegio sulle cose singole esistenti nella *ta-*

---

(1) L. 34 D. *de pign.* (XXI, 1); cons. Cass. Roma (nella motiv.) 24 nov. 1882, (*Foro it.*, 1882, I, 1096); Scialoja, in *Foro it.*, 1883, I, p. 705 e gli Aut. che cita. V. Negusant., op. cit., p. 2, m. 4, n. 14; Merlin, op. cit., II, t. 1, q. 46, n. 18; Acosta, op. cit., praef. ad v. III, n. 47 e segg.; r. 3, a. 3, n. 30-34; Rodriguez, op. cit., p. 1, a. 8, n. 16; Menoch., op. cit., r. 3, n. 131, 132; Mantica, op. cit., l. 11, tit. 4, n. 36.

(2) L. cit. Cfr. Scialoja, l. cit. V. App. Parigi, 21 apr. 1886 (*J. du P.*, 1887, 1, 1100).

Digitized by Google

berna: il pegno doveva cadere sulle cose *illata et invecta* nella casa locata, e allora, tenendo conto della destinazione ch'esse avevano, era necessario avvertire all'impossibilità della permanenza, di quella relazione cioè, fra la casa e la cosa introdottavi, ch'era elemento essenziale per la esistenza del pegno tacito spettante al locatore.

126. Il termine della *permanenza* è qualità *oggettiva* della cosa, derivante dalla destinazione di essa rispetto alla casa od al fondo locato (1); secondo la legge romana doveva concorrere assieme ad un elemento soggettivo, e dal concorso la cosa traeva carattere di *illata et invecta:* perchè posto il concetto del pegno, si doveva rannodare necessariamente a questo punto il divieto di dare in pegno la cosa altrui, senza il consenso del proprietario (2). Nel diritto odierno, s'ha la regola opposta, e s'è tornati così a quel che doveva essere conseguenza della *perclusio* (3); se contro il locatore si potesse obbiettare dal conduttore che la cosa è di spettanza altrui, o se il proprietario potesse agire con la rivendicazione, la buona fede del locatore e quindi l'esistenza del privilegio, sarebbero sempre esposte alla mala fede del conduttore. Si aggiunga, che nel diritto odierno la possibilità di rivendicare i mobili è ristretta nei termini posti dalla norma onde al possesso deriva efficacia di titolo (4): tant' è, che l'insegnamento comune deduce direttamente da questa norma l'esistenza del privilegio sulle *illata et invecta* di proprietà altrui, considerando il locatore qual possessore di buona fede (5). Ma la costruzione impostata su questi

---

(1) La necessità della *permanenza*, è modo di esprimere la *destinazione* dei mobili di fornire la cosa locata. Tal qualità manca nel bestiame introdotto a pascolar nel fondo, tolto in affitto appunto per il pascolo; la pratica antica dava qui il privilegio al locatore *per aver conservato la cosa;* ma, secondo il diritto moderno (Cod. civ., a. 1958, 7), questa risoluzione non è accoglibile, mancando gli estremi (*possesso*) occorrenti per tal causa di prelazione. Cons. ZANCH., l. cit. Ma si può far valere l'*a. de in r. verso* secondo il concetto odierno? V. in seguito.

(2) Arg. L. 41, D. *de pign. act.* (XIII, 7). Cons. NEGUSANT., op. cit., p. 2, m. 4, n. 152; MERLIN, op. cit., II, f. 2, q. 67, n. 54; BACHOV., op. cit., I, c. XI, n. 2 in f.; ACOSTA, op. cit., r. 3, a. 3, n. 9; PACION, op. cit., c. 4, n. 88; MENOCH., *De adipisc. rem.*, II, nn. 11, 112; *De arbitr. jud.*, II, c. 441, n. 5.

(3) V. su ciò l'esposizione già fatta.

(4) Cod. civ., a. 707.

(5) Teoria comunemente accolta, e della quale s'è qui dimostrato il poco buon fondamento. Alle considerazioni critiche già esposte, e che saranno meglio rile-

Digitized by Google

termini non è corretta: da un lato, con l'applicazione della regola sul possesso di cosa mobile, si dovrebbe presupporre nel locatore il diritto reale di pegno, e questo contraddice all'entità giuridica del privilegio, com'è costituito: dall'altro, eguale provvedimento era adottato nel diritto romano con la *perclusio*, sebbene la regola del valor del possesso (disposizione fisica ed esclusiva) della cosa mobile, ne fosse sparita da tempo. Non si può dunque argomentare da quella regola, malgrado la grande analogia che può esistere tra le due disposizioni; e quantunque storicamente la derivazione sia vera, perchè riconosciuto nel locatore il diritto di pegno, la validità della garanzia sulla cosa altrui dev'essere regolata con la norma sulla virtù del possesso. Il provvedimento della legge dev'essere considerato come cautela ordinata in favor della buona fede del locatore, al quale si potrebbe altrimenti rendere sempre inutile il diritto di privilegio: e s'intende come la *scienza* che il locatore ha della proprietà altrui sulla cosa, sottragga questa al privilegio (1), perchè qui manca la buona fede che si vuol proteggere, non potendosi presumere che il locatore abbia fatto assegnamento su cosa che sapeva altrui, per averne cautela del fitto (2). La buona fede dev'esistere al momento dell'*illatio;* è questo il tempo in cui vien determinato quel *patrimonio* speciale, soggetto al privilegio, e chi allega la scienza del locatore deve darne la prova.

A questa eccezione dedotta dalla non esistenza di buona fede nel locatore (3), segue l'altra desunta dalla qualità della cosa che fosse

---

vate nella ricerca sull'azion conservativa conceduta al privilegio del locatore, gioverà aggiungere l'insegnamento costante della giurisprudenza, che non estende alla specie le disposizioni regolanti la rivendicazione di cose mobili smarrite o rubate ed acquistate nei mercati, od in altro pubblico luogo. Risoluzione assai corretta, come si dirà; ma non bene derivata dal criterio proposto a ragion del privilegio, dove sarebbe la virtù del possesso di cosa mobile.

(1) Nè per costituire la scienza del locatore è necessario siagli fatta conoscere la proprietà altrui per via di denuncia; si può dimostrarla con qualunque mezzo di prova. Cons. Cass. fr. 3 genn. 1883 (*J. du Pal.*, 1883, 1, 872); App. Algeri, cit.

(2) Nella *perclusio* non è distinzione tra cose spettanti all'inquilino, e cose altrui; nè ragion dell'istituto era la virtù su ricordata del possesso, non ignota certo al diritto più antico.

(3) Secondo le considerazioni esposte per dichiarare il fondamento della regola, il diritto del locatore, affermantesi con la *pignoratio* mediante la *perclusio* di quanto esistesse nella casa locata, senza distinguere a chi le cose *illata* potessero spettare, s'è trasformato nell'ipoteca tacita sulle stesse cose, respinta sempre ogni

Digitized by Google

res furtiva: si potrebbe qui invocare l'analogia con la regola accennata sul valore del possesso, ma indipendentemente da questa considerazione, il vizio onde la cosa è infetta, dichiara perchè spetti al proprietario il potere di rivendicarla, malgrado la buona fede del locatore.

127. Tra le cose che pur essendo d'altri son soggette al privilegio, hanno importanza speciale quelle appartenenti al subconduttore. È stata esposta la ragion del diritto del locatore d'instituire l'azione personale contro il subconduttore, a fin di ottenere il pagamento

---

ragion di distinguere. Il favore della legge odierna, che, tolta la figura dell'ipoteca, ha mantenuto la prelazione, ha spiegazion sufficiente nella relazione avvertita tra il godimento ed il fitto che ne è il corrispettivo, e tra il godimento ed i mobili come mezzo di ottenerlo; nè il locatore è tenuto a sapere se le *illata et invecta* siano del conduttore o no; ricerca che renderebbe assai difficili le contrattazioni di affitto, mentre il privilegio ha per iscopo di agevolarle, nell'interesse di ambe parti contraenti.

Ora, senza ricorrere alla regola, qui non correttamente invocabile, della virtù del possesso di mobili corporali (C. civ., art. 707), perchè il locatore non ha il possesso delle *invecta et illata,* e d'altra parte è contraddire alla legge ed alla storia l'invocare la figura del privilegio *reale*, ristretto, dove venne accolto, ai soli immobili (cfr. tuttavia la sentenza della Cass. di Roma 6 aprile 1876, *Giurispr.*, XIII, 498), si possono agevolmente intendere le due eccezioni. La prima, già accolta dalla maggior parte degli interpreti francesi (v. AUBRY et RAU, § cit.; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 418; VALETTE, op. cit., n. 56) e dichiarata espressamente nella legge sarda (C. civ., a. 2157, 1°) e nell'italiana (Cod. civ., art. cit.), concerne la scienza del locatore; s'egli sa che le cose introdotte non sono del conduttore, sa che il conduttore non ha nessun diritto su di esse, e ch'egli per il fatto dell'illazione compiuta dal conduttore non può acquistare un diritto di garanzia che questo non ha; si torna così, quasi indirettamente alla teoria del POTHIER (*Louage*, n. 241), combattuta assai superficialmente (LAURENT, op. cit., XXIX, n. 417), e che era dottrina tradizionale (NEGUSANT., op. cit., p. 2, m. 4, n. 152; ZANCH., op. cit., ex. 2, § 6, n. 42). E nessuna difficoltà seria si può sollevare sul modo di stabilire la scienza del locatore (cons. AUBRY et RAU, op. cit., § 261 e LAURENT, op. cit., XXIX, 420): è fatto che si può dimostrare coi mezzi comuni di prova. Cons. Cass. di Torino, 28 marzo 1881 (*G. Tor.*, VIII, 464); App. Trani, 22 luglio 1889 (*Giur.*, 1890, 40); Trib. Spoleto, 3 ottobre 1881 (*Gazz. del Proc.*, XVI, 474); v. n. 1 a pag. 280.

La seconda eccezione è ben giustificata dal diritto che la legge civile concede al proprietario, di rivendicare la cosa sua (Cod. civ., art. 707). Nè si dica, che nel ragionamento così fatto è contraddizione: qui è stata combattuta la teoria che della regola sulla virtù del possesso fa il fondamento del diritto del locatore, ma ciò non impedisce di argomentare nella seconda specie dal diritto di rivendicazione mantenuto al proprietario.

Digitized by Google

del fitto dovuto dal conduttore: e, argomentando dall'entità del frutto civile, s'è pure avvertito che l'azione era limitata all'ammontare del prezzo fissato per la sublocazione. Posto ciò, s'intende che sulle cose del subconduttore il locatore non può avere privilegio per una somma maggiore: le *invecta et illata* da lui, debbono garantire il suo proprio debito, e se l'azione diretta del locatore contro di esso ha questo limite, identico lo avrà pure il privilegio (1). Ma nell'esercizio dell'azione personale si avverte pure un altro limite, desunto dal rapporto di obbligazione tra il conduttore ed il subconduttore, il quale può liberarsi, dimostrando di aver pagato il subaffitto, anche antecipatamente, purchè il pagamento antecipato sia fatto secondo la consuetudine dei luoghi: altrimenti esisterebbe a suo carico la presunzione assoluta della mala fede. Il limite posto all'azione personale vale così nel caso di subconduzione di casa, come di subconduzione di fondo rustico, ma rispetto al privilegio le cose par che cangino; nel primo caso, il limite segnerebbe pure l'estensione del privilegio, e nel secondo, parrebbe che invece questo si possa esercitare sulle cose destinate a fornire l'immobile locato, senza tener conto delle anticipazioni (2). E, quando si fosse nel vero, sorgerebbe necessità di distinguere il fondo rustico dall'urbano: e la dizion della legge, insegnerebbe che, a differenza del principio posto nella legge romana, la ragion della distinzione non è la materia, sibbene il luogo.

Ma la distinzione proposta è davvero nella legge? e come può rispondere al concetto esposto per dichiarare il privilegio sui frutti civili? è possibile, data la generalità di questo criterio, distinguere per l'effetto ora indicato, la sublocazione del fondo urbano dal rustico? forse che la legge non ripete qui la stessa locuzione adoperata nelle regole comuni della locazione (3), dove concede al lo-

---

(1) Purchè non vi fosse divieto di sublocare: Cass. fr. 11 apr. 1892 (*J. d. P.*, 1892, 1, 433). Qui s'avrebbe privilegio per l'intero credito, salva l'eccezion della scienza del locatore.

(2) C. civ., a. 1574; 1958, 3° cit., al. 6. V. il n. precedente.

(3) Cod. civ., a. 1574. Sopprimere ogni distinzione, affermando che non è consentito in nessun caso di tener conto delle anticipazioni, è risoluzione non rispondente alla legge; perchè da un lato (Cod. civ., art. 1958, 3°, al. 4, cfr. con l'al. 5) la lettera non s'estende ai frutti, che pure, per la natura loro (v. la n. seg.) dovrebbero esservi compresi; dall'altro, si dovrebbe dire, che il privilegio garantisce, con una specie di *azione reale*, tutto il credito del fitto, mentre l'azione personale contro

Digitized by Google

catore l'azion diretta contro il subconduttore, *senza tener conto delle anticipazioni*? e la dichiarazione sulle anticipazioni ben pagate, non si dovrà sottointendere anche in questa parte dov'è ripetuta la regola?

Queste obbiezioni gravi non basterebbero a togliere la possibilità di distinguere secondo s'è detto: la legge dove ordina che nel privilegio son comprese le cose proprie del conduttore e le altrui, nomina l'inquilino e l'affittuario, il subinquilino ed il subaffittuario: poi, provvedendo specialmente al caso del subaffitto, dispone rispetto al solo subaffittuario per il privilegio sui frutti naturali, e sulle *invecta et illata* appartenenti a lui: parrebbe dunque, che nella mente del legislatore sia distinta la subconduzione del fondo urbano dal rustico, e che in quest'ultimo caso rispetto alle *invecta et illata* non si debba tener mai conto delle anticipazioni fatte, pur rimanendo intatto il criterio limitante l'azione ed il privilegio al solo prezzo del subaffitto. Senonchè, non basta la locuzione della legge, per costruire con esattezza nel senso proposto: qual sarebbe la ragion della distinzione? Se fosse vera, bisognerebbe affermare, che l'azion personale, diretta, del locatore contro il subaffittuario, è regolata dalla norma generale, fin dove si ammette la validità delle anticipazioni nella misura stabilita, e che poi nel privilegio sulle *invecta et illata* il limite non agisce più: ma come intendere questo privilegio, se non ponendolo in relazione col debito? Per i frutti, è ben giustificata l'estensione massima del privilegio (1), e la stessa giustificazione mostra che altri-

---

il subconduttore ha minore estensione. V. in questo senso, Cass. Napoli, 24 gennaio 1880 (*Foro it.*, V, 1, 483); Cass. Palermo, 13 ott. 1883 (*Circ. giur.*, XV, 105); Trib. Napoli, 30 luglio 1880 (*Filang.*, V, 313).

(1) Perchè prodotti del fondo locato: sotto questo aspetto, avrebbe quasi giustificazione la dottrina, d'altronde tradizionale, che spiega il privilegio sui frutti, considerandoli come *res soli*. Senza ricorrere a questo riflesso, ripugnante all'entità giuridica della locazione, si può avvertire che, siccome nei frutti è la esistenza concreta del godimento pattuito, la causa del credito e del privilegio che vi è congiunto, s'imprime talmente su di essi, da derivarne al locatore la garanzia (in senso generale) dell'intero affitto. Qui occorre il confronto, di già fatto, con la ritenzione (non propria) consentita al venditore: il locatore non ritiene la *cosa* in cui si manifesta il godimento conceduto, ma esercita il privilegio, senza tener conto delle anticipazioni fatte dal subaffittuario all'affittuario.

E questa costruzione toglie la difficoltà esaminata nella nota precedente; il privilegio, per la causa che ha, è più esteso dell'azion personale contro il subconduttore. A che prò poi limitarlo, se al locatore spetta sempre l'azione contro il

Digitized by Google

menti si deve decidere per le *invecta et illata* (1): qui la misura del privilegio è data dall'entità del debito.

Se il conduttore desse a comodato la casa od il fondo, il comodatario non è tenuto a pagamento di fitto, e perciò le cose introdotte da lui non sono soggette a privilegio (2); ma lo sono per le altre obbligazioni cui fosse tenuto il comodatario, e che corrispondessero per l'oggetto, a qualche obbligazione del conduttore verso il locatore: come avverrebbe del danno dato alla cosa. Purchè, s'intende, il locatore sappia del contratto seguito; chè altrimenti, il comodatario è parificato al terzo che abbia dato al conduttore cose poi introdotte nella casa locata. Unica eccezione del comodatario, sarebbe allora la *scienza* del locatore.

---

conduttore sublocatore, e tal credito è garantito dal privilegio sui frutti per l'intero prezzo pattuito? Altrimenti avviene per le cose introdotte nel fondo o nella casa del subconduttore; il locatore *sa* che non appartengono al conduttore, e siccome questi vi ha privilegio per un dato prezzo, in egual misura vi ha pur privilegio il locatore.

Così si ha una costruzione, che apparentemente differisce, ma in sostanza risponde ai concetti svolti nel testo; il locatore esercita (come privilegio) l'azione del conduttore contro il subconduttore, e nella stessa misura vanta il privilegio del prezzo di locazione; restrizione non possibile rispetto ai frutti. Ma la ragione storica, la ipoteca tacita sulle *inv. et. ill.* nei fondi urbani, e sui *frutti* nella locazione di fondi rustici, non dovrebbe indurre ad affermare, che nessuna limitazione per anticipazione avvenuta si dà per questi due casi, e che per le *inv. et ill.* nel fondo rustico del subaffittuario s'è voluto dirlo espressamente? La considerazione non regge, perchè s'è dimostrato di già, che su questo punto la regola mutò da quella che era nel diritto romano, e si estese anche al secondo caso la ipoteca tacita. Da questo ragionamento, altri fu indotto a ritenere, oppostamente a quanto s'è detto nel testo, che la riduzione non esiste pel privilegio sulle *inv. et ill.* nel fondo urbano, e sui frutti del fondo rustico, mentre esiste rispetto alle *inv. et ill.* in quest'ultimo (Pacifici-Mazzoni, op. cit., n. 53; Pochintesta, op. cit., n. 50); ma il ragionamento non è esatto; la ragione storica immediata del privilegio del locatore, non suffraga, come s'è detto ora, la differenza. È soltanto nel privilegio sui *frutti* che non s'ha limitazione; ma si ha per le *inv. et illata* nei fondi urbani o rustici.

La distinzione proposta è, rispetto al modo di considerare il privilegio sui frutti, appieno conforme alla dottrina tradizionale. Cons. Zanch., op. cit., n. 2, § 1, numeri 131, 133.

(1) L. 11, § 5, D. *de pign. act.* (XIII, 7); Negusant., l. cit., n. 136-138; Merlin., op. cit., II, 2, q. 67, n. 29-32; Zanch., l. cit., n. 56, 57; Pacion, op. cit., c. 32, n. 47, 48; Menoch., *de ad. possess. rem.*, III, n. 100-102; Mant., op. cit., XI, 15, n. 10; Basnage, l. cit.; Duranton, op. cit., XIX, 83; Cfr. Pothier, op. cit., n. 256; Persil, l. cit., § 1; Pacifici-Mazzoni, op. cit., I, n. 54.

(2) V. gli Aut. cit.

Digitized by Google

128. La prevalenza del criterio dedotto dalla considerazione tutta *oggettiva*, delle *invecta et illata*, opera rispetto alla cosa altrui: questa è soggetta al privilegio, quando sia stata introdotta per fornire la casa, quando cioè, per la natura sua, si presume sia destinata a rimanervi finchè duri il godimento costituito. Dalla qual nozione s'inferisce correttamente, che le cose introdotte nel fondaco del conduttore da chi lo richiede dell'opera sua per accomodarle, o riattarle, o farvi altro lavoro, non sono soggette al privilegio del locatore; nè per giustificare la decisione è mestieri di ricorrere ad altro argomento (1).

129. Le considerazioni svolte fin qui, sull'idoneità speciale della cosa a sopportare il privilegio (cose introdotte *ut perpetuo maneant*), abbisognano, per essere compiute, del richiamo di un concetto, che tocca l'idoneità, a dir così, generale della cosa. La quale dev'essere ***alienabile***, chè altrimenti il privilegio non è possibile, mancando con l'inalienabilità, il mezzo di ottenere il valore che per esso si vuol ottenere; perciò, posta come regola l'inalienabilità della dote, il locatore non ha privilegio sui *mobili dotali* introdotti nella cosa locata. Nè rileva l'avvertire, che il privilegio è conceduto dal legislatore nel modo più ampio (2); il carattere della cosa, ordinata pur dalla legge, resiste assolutamente a che si possa dire vi siano assoggettati i mobili dotali. La ragion di decidere è qui l'inalienabilità, qual carattere *reale* (3); se si argomentasse da considerazioni d'incapacità personale (4), si dovrebbe decidere altrimenti.

---

(1) La risoluzione qui posta, è applicazione speciale di quanto s'è detto in modo generale del carattere onde le cose hanno idoneità a sopportare il privilegio. V. su di ciò, i fonti cit. nella n. 1 a pag. 276; e sulla decisione, v. ZANCH., l. cit., n. 35; LAURENT, op. cit., XXIX, 421; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, n. 54. V. Cass. Torino, 1 febbr. 1877 (*For. it.*, 1877, I, p. 707); App. Brescia, 9 maggio 1877 (*Racc.*, XXIX, I, 2, 966); Tr. Bruxelles, 10 dic. 1866 (*Dall. pér.*, 1867, 3, 79).

(2) App. Bordeaux, 30 maggio 1881 (*J. du Pal.*, 1884, 1, 1135).

(3) V. CHIRONI, *Istit. di D. civ.*, §§ 397 e segg.

(4) Così RIPERT (*J. du Pal.*, cit. in n. p. 1137), che pure accetta la decisione qui accolta.

Digitized by Google

D.

L'esercizio del privilegio conceduto al locatore.

SOMMARIO. — **130.** Il privilegio si può esercitare occorrendo il concorso di più creditori. — **131.** Come si debba computare l'annata in corso. — **132-134.** Misure conservative e ragion giuridica di esse. Eccezioni.

130. Il privilegio, come ragion di prelazione, si può far valere quando s'avveri il concorso di più creditori; nè mancando questo termine, il locatore può invocarlo: alla *qualità* del credito, farebbe difetto l'occasione per cui si spiega la ragion del favore conceduto dalla legge. Nè soltanto dalla nozion generale della prelazione, si desume la risoluzione proposta, ma anche dall'inutilità di concedere il privilegio, quando il locatore, senza che vi abbia concorso di altri creditori, agisce contro il conduttore a causa dell'inadempimento totale o parziale delle obbligazioni che si è assunto; perchè, o egli ha mezzo di ottenere il soddisfacimento del debito dipendente dal contratto di locazione, mediante i mobili e le altre sostanze del debitore, e se questo non rifornisce poi la casa di mobili a garanzia del fitto da scadere, può domandare lo scioglimento del contratto; o non può ottenere il soddisfacimento e la garanzia, e si varrà della risoluzione, della quale può anche giovarsi per il solo fatto del non pagamento del prezzo, in virtù della condizione risolutiva espressa o tacita (1). I mobili ond'è fornita la casa od il fondo, e l'azion di risoluzione, cautelano sufficientemente gli interessi del locatore.

131. Nel definire gli elementi dei quali consta l'entità del privilegio conceduto al credito del locatore, s'è già accennato a molte questioni che si riferiscono all'esercizio di esso; e per altre, basterà richiamar qui alcuni dei principî posti dichiarando il privilegio del fisco, e del *dom.* nell'enfiteusi. Così, il termine di annata *in corso* (2),

---

(1) Cod. civ., a. 1595.

(2) Cod. civ., a. 1958, 3° cit.; e v. il confronto già fatto, della legge italiana alle altre legislazioni. Cons. AUBRY et RAU, op. cit., § 261; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 385 e segg.; TROPLONG, op. cit., I, n. 155; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, n. 45.

Digitized by Google

ha dichiarazion sufficiente nelle cose esposte, e si deve riferirlo all'annata in cui è stato effettuato un *pignoramento* sui mobili specialmente destinati a garantire il fitto: per quest'atto ha esistenza concreta il rapporto di garanzia dei creditori sul patrimonio del debitore, e si determina, come s'è già avvertito, la prelazione del locatore. Parimenti, siccome nessuno svantaggio può derivarne agli altri creditori concorrenti, se il privilegio è conceduto per l'annata anteriore, non è mestieri, a dichiarar quale questa sia, riferirsi a quella che precede immediatamente l'annata in corso: può ben riferirsi ad un'altra annata qualsiasi, purchè sia anteriore, nè il debito sia estinto per virtù della prescrizione. Nè si deve computare il termine dell'annata in corso diversamente da quanto si è fatto rispetto ai privilegî ricordati (1); e come in questi, qui non sorge neppure il dubbio, se nel termine *annata in corso* si debba comprendere soltanto quella parte dell'anno decorsa fino al momento in cui avviene l'atto per cui si concretizza la garanzia ricordata; qui, senza dubbio nessuno, la voce *annata* comprende l'anno intero, ed altrimenti non si potrebbe intendere il termine di *annata susseguente*, il quale concorre a dichiarare come l'annata in corso non contenga una frazione dell'anno. E la ragione è evidente: in conseguenza del contratto, il locatore ha il credito del fitto di tutte le annate fino al termine pattuito, e l'obbligazione di prestare il godimento convenuto. Per il che, ragion vorrebbe che il privilegio dovesse estendersi al credito di tutti i fitti dovuti; ma la legge, argomentando ancor qui dalle considerazioni esposte su di altri privilegi, ha limitato la estension della prelazione a certe annate. Nè quest'analogia deve indurre identità nella natura dei crediti cui si riferisce la decisione esposta; qui esiste rapporto vero di obbligazione, e negli altri casi, il debito ha figura di *obligatio ob rem;* ma la *unicità* del credito è la ragion comune di decidere, che lascia impregiudicata ogni ricerca sulla natura speciale di essi.

132. Nell'antica giurisprudenza s'era dubitato assai, se l'*ablatio*, come termine opposto all'*illatio* (2), non determinasse l'estinzione

(1) Sul significato di questo termine, v. quanto è stato largamente esposto nel discorso sul privilegio del fisco.

(2) NEGUSANT., op. cit., p. 2, m. 4, n. 131 e segg.; MERLIN. op. cit., II, 2, q. 67, n. 16; ZANCH., op. cit., ex. 1, § 2, nn. 84, 85; ex. 2, § 6, nn. 50-52; PACION, op. cit., c. 40, nn. 133 e segg.; MENOCH., l. cit., nn. 55 e segg.; MANT., l. cit., n. 11.

Digitized by Google

dell'ipoteca tacita, che appunto nell'*illatio* aveva il momento preciso di sua nascita; ed il dubbio era risolto negativamente, perchè l'*illatio* non era la ragion costitutiva dell'ipoteca, e l'*ablatio* non poteva togliere il vincolo reale già nato. Nel diritto odierno, venuta meno la possibilità di costruire sull'elemento dell'ipoteca tacita, il dubbio potrebbe risorgere con maggior fondamento, perchè nel privilegio non v'è diritto reale verso la cosa contenuta nel patrimonio del debitore; e seguendo questo concetto generale nello studio del privilegio consentito al locatore, risulta, che il *patrimonio* sul quale il creditore ha la garanzia privilegiata, e composto delle *invecta et illata*, è determinato dall'introduzione e permanenza di esse nella casa, o nel fondo locato; quindi, l'*ablatio* dalla casa o dal fondo dovrebbe produrre l'estinzione del privilegio. Ma, la ragione storica dedotta dall'ipoteca tacita; e d'altra parte, la specializzazione non delle cose, sibbene della parte del patrimonio sulla quale il locatore ha privilegio, e che è avvenuta mediante l'*illatio*, hanno indotto la concessione a favor del locatore di speciali mezzi conservativi; quando la cosa sia stata trasportata altrove (anche in altra casa od altro fondo del debitore), egli conserva il privilegio, purchè promova l'azione consentitagli nel termine di quaranta o di quindici giorni dal trasporto, secondo si riferisce a mobili di cui era fornito il fondo rustico, o di mobili di cui era fornita la casa.

Generalmente, com'è occorso di notar più volte, si suol derivare questo diritto di agire conceduto al locatore, dalla regola sulla virtù del possesso sui mobili (1): ma la dottrina non par corretta; se fosse così, non s'intenderebbe più perchè il termine conceduto al locatore sia più breve di quello dato in genere al proprietario di cosa mobile, od a chi ha su di essa un diritto reale, a fin di esercitare eccezionalmente l'azion di rivendicazione. Con questa costruzione si chiarisce, come l'azione si possa esperimentare anche contro il possessore di buona fede: ma assai incompiutamente (2); e poi, ciò ben si ottiene con la teoria proposta, argomentando non soltando dalla qualità di *furtiva* di cui la cosa sarebbe macchiata (3), ma dal concetto stesso

(1) Costruzione già discussa.

(2) *Furtiva*, è detto qui nel senso di cosa escita dal patrimonio costituente la garanzia speciale, contro la volontà del creditore.

(3) Perchè, se il diritto è acquistato dal terzo dopo l'*ablatio*, il privilegio s'estingue; cosicchè anche in questo caso l'argomentazione fatta dalle norme generali sull'effetto del possesso, vien meno.

Digitized by Google

di mezzo conservativo ond'è designata l'azion del locatore: nè si può obbiettarle, come avviene alla dottrina comune, che l'estensione della difesa data alla proprietà od altro diritto reale sulla cosa, deve presupporre nel locatore l'esistenza del pegno e dell'ipoteca, Altro vantaggio della teoria proposta, è di spiegare come l'alienazione non produca per sè effetto prima dell'*ablatio;* il rimedio conservativo tutela il privilegio, e perchè questo comprende una parte speciale del patrimonio, secondo è determinato dal *luogo* dove son contenute le cose speciali che lo compongono, può essere esperimentato quando per l'*ablatio* si avveri una modificazione nello stato del patrimonio specialmente soggetto alla prelazione.

Col ragionamento della dottrina opposta, non s'intende come il locatore abbia un diritto reale sulle *invecta et illata*, senza tenerle in possesso, e pure il conduttore, od il subconduttore, non possano trasferirne la proprietà e possedere a nome dell'acquirente in virtù del costituto possessorio. La costruzione proposta di un privilegio, che, per ragioni storiche, e per altre considerazioni speciali, è tutelato da mezzi conservativi, risponde con esattezza alla legge: il conduttore può dimandar le cose, ma l'alienazione non ha efficacia contro il diritto del locatore di *mantenerle nella casa* o nel *fondo locato.* Non si può dunque, senza contraddizione grave, calcare i termini della teoria sulla regola onde il possesso trae valore di titolo, e sulle eccezioni che l'accompagnano.

188. L'azione non compete contro l'esportazione di mobili non destinati a fornire il fondo, rispetto ai quali, mancando tale destinazione (1),

---

(1) La risoluzione deriva necessariamente dal concetto esposto sull'entità del privilegio; il quale, se conceduto sui mobili destinati *a fornire* il fondo (Cod. civ., art. 1958, 3, cit.), non può esistere su quelli mancanti di tale destinazione. Ma la convenzione delle parti potrebbe assoggettare ancor questi al privilegio del locatore? Non è dubbio, che la convenzione delle parti, cadente qui su di un oggetto lecito, possa assoggettarli a garanzia; parimenti, non è dubbio che la convenzione non ha virtù di estendere il privilegio, che, sebbene derivante dall'*ipoteca tacita*, è tutto creazione della legge. La convenzione potrà valere a creare il rapporto di *pegno* proprio.

Il diritto comune, logicamente argomentava in questo caso dalla tacita ipoteca; cons. NEGUSANT., op. cit., p. 2, m. 4, n. 142; PACION, op. cit., c. 40, nn. 133, 142; MENOCH., op. cit., r. III, n. 55; MANT., op. cit., l. XI, t. 15, n. 11. ACOSTA, op. cit., loc. cit., n. 25.

Digitized by Google

il privilegio non ebbe mai esistenza; rispetto agli altri, può essere instituita, malgrado l'acquirente voglia eccepire la sua buona fede(1). Ma validamente potrà egli obbiettare, di aver acquistato il diritto posteriormente al trasporto. A dichiarare quest'eccezione, basterà osservare al fatto, che nel tempo dell'acquisto la cosa è nel fondo o nella casa locata, nè può quindi lasciar presumere la buona fede del compratore, ed anzi fa indurre assolutamente il contrario, dovendo l'acquirente darsi pensiero del privilegio che il locatore potrebbe esercitare, nel caso fosse in credito del prezzo garantitogli specialmente su di una parte determinata del patrimonio mobiliare del conduttore (2)? E che se il trasporto ha di già avuto luogo, deve essere presunta la buona fede dell'acquirente, il quale ne trae qualità di terzo possessore di buona fede? Non pare, perchè, argomentando dal criterio della buona fede, bisognerebbe logicamente ammettere, che nel primo caso la mala fede è nel fatto, ed è presunta assolutamente, e che nel secondo il locatore abbia diritto ad eccepire contro la presunzione di buona fede. Soluzione ripugnante alla legge; il privilegio è connesso all'*illatio*, ed il mezzo puramente conservativo dato al locatore, tempera le rigorose conseguenze dell'*ablatio*. In questo senso è stata dianzi adoperata la locuzione ***cosa furtiva***, intendendo di cosa esportata senza o contro il consenso del locatore: se effettivamente si avesse una *res furtiva*, e si volesse spiegare il diritto di agire conceduto al locatore come rivendicazione di cosa rubata, bisognerebbe supporre in lui un diritto reale che non ha.

Il diritto di agire cessa, quando le *invecta et illata* fossero asportate dalla casa o dal fondo locato con l'assentimento del *locatore*.

---

(1) Non necessaria, secondo si è accennato ora, a giustificare il diritto del locatore. Al quale non si può efficacemente opporre la *scienza* della vendita: Cass. di Roma, 28 dic. 1882 (*Legge*, XXIII, 2, 402).

(2) Cass. di Roma, 28 dic. 1882 (*Legge*, l. cit.). La risoluzione è giustificata così con la dottrina proposta, come con la teoria comune che argomenta dal rapporto di pegno. Ma, secondo si dirà in seguito, quest'ultima presenta molte incertezze; nè s'intende poi la costruzione di LAURENT (op. cit., XXIX, 436), che osserva aversi qui un pegno imperfetto, potendo il conduttore alienare la cosa pignorata. Non in ciò dovrebbe consistere l'imperfezione del pegno, per il quale non è vietato al costituente di disporre della cosa su cui il creditore serba col possesso la garanzia, ma nel regolamento speciale della rivendicazione. Nè rileva, come si osservò, la scienza che il locatore avesse della vendita; v. Cass. di Roma, cit.; Cass. Torino, 28 dic. 1892 (*Legge*, XXIII, 2, 402).

Digitized by Google

egli non può conservare un privilegio al quale ha rinunziato (1). Nè rileva, occorrendo il caso della sublocazione, che il sublocatore dia il suo consenso, perchè il privilegio sulle *invecta* dal subconduttore, spetta pure al locatore in proporzione del fitto da lui dovuto: ed il sublocatore non può pregiudicare a questo diritto, che il locatore può difendere coi mezzi conservativi. Ma contro l'azione non si può eccepire la sufficienza di garantire il fitto dei mobili rimasti, sebbene ad alcuni paia giusto inferir ciò dalla disposizione ordinata rispetto all'ipoteca (2): il qual provvedimento tende a porre in accordo le esigenze del diritto di proprietà con quelle del diritto reale di garanzia, che qui non s'ha, e però la impossibilità di argomentare ad analogia; nè s'intende poi, come si possa correttamente dedurre dall'ordinamento dell'ipoteca una costruzione ripugnante al concetto di *pegno*, se questo, in qualità di *tacito*, è posto a fondamento del privilegio conceduto al locatore.

134. Il mezzo conservativo ora descritto tutela soltanto il privilegio sulle *invecta et illata*: la lettera e la ragion della legge ne escludono i *frutti* naturali, e l'esclusione si suol giustificare, presumendo abbia il locatore consentito l'asportazione di essi dal fondo (3). Della qual presunzione non v'è traccia nella legge, e nei precedenti storici; è più facile, e in pari tempo più corretta, la costruzione generale proposta argomentando dalla natura giuridica del privilegio: il quale deve cessare dopo che le cose siano asportate dal

---

(1) Espressamente o tacitamente: la qual cosa avverrebbe, se la rimozione seguisse presente il locatore, o chi da lui è incaricato della sorveglianza del casamento (p. es. il portinaio). AUBRY et RAU, op. cit., § 261; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 445.; PONT, op. cit., I, n. 134; VALETTE, op. cit., I, 67. Certo, non sarebbe sufficiente ad indurre il tacito consentimento, il fatto della rimozione avvenuta pubblicamente (V. su ciò FERRIÈRES, op. cit, n. 171, gl. 2, n. 12; BASNAGE, op. cit., c. XIV); è mestieri il fatto del locatore. POTHIER, *Introd. au t.* XIX *de la Cont. d'Orl.*, nn. 46, 50.

Il tacito consenso si presume da alcuni dottori nell'alienazione di quelle *invecta* destinate ad essere vendute, quali le singole mercanzie introdotte nella casa locata (AUBRY e RAU, l. cit.); ma qui, secondo i principî esposti, non v'è stata nascita del privilegio, ostandovi la natura delle cose.

(2) AUBRY e RAU, l. cit., f. e n. 40; LAURENT, op. cit., XXV, n. 249; TROPLONG, op. cit., I, 164; VALETTE, op. cit., I, 67. Cass. di Firenze, 8 giugno 1876 (*Racc.*, XXVIII, I, 733). Cfr. PONT, op. cit., I, 132.

(3) Cfr. AUBRY et RAU, l. cit., V. qui la n. 1 in f.

Digitized by Google

fondo o dalla casa locata, sebbene eccezionalmente sia stabilito un mezzo conservativo per le *invecta et illata*. L'eccezione è giustificata da considerazioni speciali; ma per i frutti naturali riman fissa la regola, ripugnando alla legge di comprenderli nel provvedimento eccezionale, perchè, destinati ad essere venduti, dànno al conduttore il modo di pagare il fitto col prezzo ricavato dalla vendita. È pur mestieri di considerare la difficoltà grave dell'azion di ricupero dei frutti naturali, resa quasi invincibile dalla natura stessa delle cose: destinati ad essere consumati, immediatamente, od in tempo brevissimo, subiscono il più delle volte una trasformazione immediata, od una serie di trasformazioni necessarie a renderli atti alla consumazione. La difficoltà di dimostrare l'identità della cosa, è dunque una delle ragioni onde la legge trae buon fondamento (1).

---

(1) La risoluzione accolta nel testo è tenuta, argomentando più che altro dalla lettera della legge, dal PERSIL, op. e l. cit., n. 5; difatti, così la legge francese come l'italiana (art. cit.), dopo aver considerato separatamente i mobili ed i frutti nel dichiarare l'entità del privilegio, si riferiscono, nel dire della rivendicazione, ai soli mobili. Nè diversa parrebbe la dottrina francese anteriore alla codificazione (POTHIER, loc. cit., ed in *Louage*, n. 261); e (secondo s'è già osservato) la dottrina comune, che aveva mantenuta la figura dell'ipoteca tacita sui frutti, poneva pure come principio l'estinzione del vincolo, in seguito alla non impedita separazione di essi.

La dottrina opposta va in contraddizioni assai gravi. A parte chi afferma che i frutti non sono destinati a fornire il fondo, e quindi non sarebbero rivendicabili, e poi ritiene che il testo della legge li comprende implicitamente perchè forniscono il podere (LAURENT, op. cit., XXIX, 446); a parte pure chi distingue la semplice rimozione dalla vendita, e concede nel primo caso la rivendicazione, costruendo così in modo non rispondente alla legge (LAURENT, l. cit.), perchè la rivendicazione è data come rimedio contro l'*ablatio*; i più asseriscono, che l'azione cessi contro l'acquirente terzo possessore di buona fede (Cons. DURANTON, op. cit., XIX, n. 74; PERSIL, op. e l. cit., n. 7; TROPLONG, op. cit., I, 165; PONT, op. cit., I, 132).

Questa dottrina non può essere accolta; o la rivendicazione è considerata quale applicazione del provvedimento eccezionale consentita al proprietario di cosa mobile smarrita o rubata (Cod. civ., a. 708), e la distinzione proposta non regge, per la inutilità d'invocare la buona fede; o la rivendicazione nel caso speciale dei frutti, è fondata non sull'eccezione, ma sulla regola della virtù del possesso, ed allora dovrebbe essere governata secondo la norma generale, non secondo la misura speciale ordinata pel privilegio del locatore. Cfr. Cass. Napoli 4 marzo 1890 (*Foro it.*, 1890, 1, 702). Cfr. pure, C. d'app. di Amiens, 4 dic. 1886 (*J. du Pal.*, 1887, 1, 715).

Accolta la teoria proposta nel testo, è chiara, per l'esistenza del privilegio, la rilevanza che ha il fatto del non essere i frutti consegnati ancora all'acquirente;

Digitized by Google

§ 3.

Privilegio nascente dal contratto di masseria [mezzadria o colonia parziaria].

SOMMARIO. — **135.** Ragione e termini di questo privilegio.

135. L'entità giuridica del contratto di masseria [mezzadria o colonia parziaria (1)] dà ragion del privilegio conceduto dalla legge per i crediti nascenti dal rapporto a favor del locatore e del colono (2); la *società* ne è termine essenziale, ed esistendo il godimento della cosa rispetto ad ambi i contraenti, il credito è privilegiato per l'uno e per l'altro. Il locatore ha conceduto il godimento, pur di avere il vantaggio pattuito dal colono: che ha l'obbligazion di prestarlo facendo godere il locatore del suo lavoro, e del prodotto derivante dal suo concorso in determinate spese; purchè, s'intende, il locatore a sua volta soddisfaccia alle obbligazioni sue, sebbene, a causa dell'elemento di società contenuto nel contratto, l'uno di essi possa anticipare la parte di concorso spettante all'altro.

La natura giuridica del rapporto giustifica la concessione del privilegio al credito rispettivo delle due parti, interessate ognuna nel godimento derivante dalla masseria [mezzadria o colonia parziaria]; giustifica pure l'estensione del privilegio a qualunque credito nasca da questi contratti, o si possa riferire all'esecuzione di essi, secondo le regole esposte rispetto al privilegio del locatore; e ne giustifica finalmente la consistenza a favor del colono sulle *invecta et illata* dal locatore (3); a favor del locatore su quelle del colono, ed a favore di ognuno di essi sulla metà dei frutti spettanti all'altro.

---

l'*ablatio* lo estingue, e quindi non è scosso dall'alienazione fatta, se per via di consegna, non è seguita l'esportazione.

La possibilità di surrogare nel privilegio ai frutti, il prezzo dovuto dall'acquirente di essi, sarà esaminata in seguito. Non l'ammette, ed a ragione, la sentenza della Cass. di Roma 14 dic. 1874 (*Giur.*, IV, 175).

(1) V. su di ciò CHIRONI, *Istit. di D. c.*, II, § 337.

(2) Cod. civ., art. 1958, 4°.

(3) Anche sulle scorte? Non pare; *instrumenta fundi*, ne son dotazione, e ne partecipano la qualità. Cfr. nei rapporti tra i contraenti, A. Firenze, 10 genn. 1889 (*Ann.* 1889, 66).

Digitized by Google

Le regole or accennate, nella parte in cui determinano le cose soggette al privilegio (1), si applicano pure a questo or descritto, derivando il rapporto cui si riferisce, dalla locazione. Ma si deve tener conto delle diversità nascenti dall' altro elemento essenziale della società: per il quale si dichiara, come questo privilegio non sia ristretto nell' estensione data al privilegio del locatore, mal potendosi attribuire a negligenza del locatore, o del colono, un ritardo che può essere soltanto effetto di buon accordo. È opportuno avvertire, che i reliquati passivi a carico del locatore e del colono si possono accertare, rispetto a chiunque, con la prova speciale conceduta dalla legge (2) nel rapporto tra di essi.

§ 4.

Privilegio del credito per le sementi, e pei lavori di coltivazione e raccolta dell'annata.

SOMMARIO. — **136.** Entità del privilegio. Su quali cose compete; a chi.

136. La ragion del privilegio onde si accompagna il credito per le sementi, o per i lavori di coltivazione e raccolta dei frutti, è la utilità che il debitore non avrebbe potuto ritrarre dal fondo, se questo credito non l'avesse determinata; nè ai creditori si può concedere di aver profitto dai frutti contenuti nel patrimonio del debitore, senza sopportare la prelazion del credito per le sementi, per la coltivazione e la raccolta, perchè altrimenti si avvantaggierebbero con danno altrui; il *frutto*, onde la loro garanzia è accresciuta, è prodotto della semente, e degli altri lavori occorsi fino ad assumere esistenza determinata (3). Perciò il privilegio sui frutti dell'annata,

---

(1) Qui non si ha difficoltà per il bestiame introdotto nel fondo per *fornirlo*: Trib. di Montmédy 20 marzo 1884 (*J. du Pal.*, 1884, 1, 762). E neppur dovrebbe aversi difficoltà sulla consistenza del privilegio sui *mobili altrui*, applicandosi qui i medesimi principî esposti rispetto al privilegio del locatore. Cfr. Cass. di Torino 20 marzo 1889 (*Foro it.*, 1889, 1, 1172).

(2) Cod. civ., a. 1662, 1663.

(3) Cod. civ., a. 1958, 5°; Cfr. Cod. civ. fr., a. 2102, n. 1, al. 4; Cod. civ. spagn., a. 1922, 6°; Cod. civ. Port., a. 880, 3°; Cod. civ. della rep. Argent., art. 3888; Cod. civ. del Guatem., a. 2415; Cod. civ. dell'Urug., a. 2323, 3°; Cod. civ. del Messico,

Digitized by Google

su quelli cioè prodotti per via dei lavori di semina, coltivazione e raccolta; e come i crediti derivanti da queste cause concorrenti hanno un risultato comune, così è comune l'oggetto del privilegio.

Il privilegio del credito per le sementi spetta a chi le ha date al locatore o al colono: se invece di sementi fosse stata data la somma necessaria per fare l' acquisto, s'avrebbe soltanto un mutuo di denaro, che per sè non ha prelazione, mal potendosi accertare quale impiego ne sia stato fatto (1). Ma il mutuo del denaro ha privilegio, quando ricostruita la volontà delle parti, consti che il mutuante ha inteso di mutuar le sementi, e non avendole, ha dato la somma occorrente per farne l'acquisto: allora il mutuo si riferisce alla semente, e il denaro si ritien dato a chi sarà mutuatario, soltanto in qualità di mandatario. Questo mutuo ha pur privilegio, se chi lo fa, è surrogato convenzionalmente (dal creditore o dal debitore) nel credito privilegiato di chi ha venduto o dato le sementi (2).

Le spese di coltivazione comprendono quante di esse siano necessarie per avere il frutto, fino a quando avvenutane la maturità, dev'essere raccolto: ossia le spese occorse dal fatto della semina fino a quello della maturità. Quindi, non soltanto comprendono i crediti costituiti a causa dei lavori di preparazione del terreno alla semina, ma anche quelli costituiti per l'acquisto di concime naturale od artificiale, necessario per l'adattamento, o la miglioria dei terreni magri od esauriti; se il seme abbisogna di terreno ben preparato perchè

---

a. 2087. Il Cod. civ. del Basso Canadà (a. 2008, 4°, 2010) pone questo privilegio tra gli immobiliari, e ne consente l'esercizio sul prezzo dell'immobile venduto prima della raccolta, fino alla concorrenza del maggior valore ritratto dal credito privilegiato.

La ragion del privilegio, secondo è stata descritta nel testo, indusse la maggior parte degli scrittori di diritto comune ad insegnar la prelazione per il credito di sementi o di coltura: MERLIN, op. cit., III, 9, 5, nn. 46 e segg.; RODRIGUEZ, op. cit., p. 1, a. 18, nn. 78 e segg.; DE LUCA, op. cit., *De cred.*, disc. XVI, nn. 19 e segg.; MANTICA, op. cit., l. XI, t. 23, nn. 11 e segg.; ZANCH., op. cit., ex. II, § 6, nn. 110 e segg. Cfr. ACOSTA, op. cit., reg. I, a. 12, n. 15: PACION, op. cit., c. 33, nn. 51 e segg.

(1) La legge dà privilegio alla *causa* del credito, quale risulta dalla costituzione diretta del rapporto. Il motivo del mutuo, anche se a conoscenza di ambe parti, ed il provato impiego della somma, non determinano in modo immediato la ragion di favore; cfr. Cass. di Napoli, 19 febbr. 1889 (*Foro it.*, 1889, 1, 758; A. Bologna, 23 dic. 1887 (*Legge*, 1888, 1, 453); A. Trani, 22 lug. 1889 (*Riv. g. Tr.*, 1889, 704): A. Bari, 2 dic. 1889 (*il Pisanelli*, 1891, 10). V. CHIRONI, in *Riv. it. di sc. giur.*, 1890, f. 2, p. 2.

(2) Cass. di Napoli, 7 febbr. 1888 (*Foro it.*, 1888, 1, 205).

Digitized by Google

possa sviluppare con più rigoglio, non si può contestare ai crediti descritti il carattere di privilegiati, perchè la miglior qualità o la maggior quantità del frutto ottenuto, o l'una e l'altra insieme, derivano dalla concimazione eseguita. Il privilegio ha qui la stessa ragion di essere, avvertita per rispetto a tutte le altre operazioni di coltivo; e la legge ne dà prova assai efficace, con l'aver disposto, diversamente dalle leggi anteriori (1), che la prelazione si estende a tutte le spese di *coltivazione* e di raccolta. S'è detto, doversi intendere per questa locuzione soltanto il *lavoro*, l'opera dell'uomo, ma la voce *lavoro* può essere qui usata a significare tutte le *operazioni di coltura*, fatte in un determinato periodo (2); nè importa obbiettare, che per la dottrina proposta riman violato il criterio d'interpretazione in materia di privilegio, pel quale *privilegia sunt strictissimae interpretationis:* qui nulla si vuol aggiungere alla legge, ma si dichiara cosa effettivamente vi sia contenuto, argomentando dalla lettera e dalla ragion di essa, con la guida, dove sia efficacemente invocabile, dei lavori preparatorî. Ora, qual ragion vi è, per intendere la locuzione *lavori di coltivazione*, limitatamente al significato soggettivo del termine *lavoro*?

Il secondo periodo seguente la coltivazione, è la *raccolta:* comprende i lavori che necessariamente occorrono, a cominciare dal fatto della separazione dei frutti, fino a quando vengano riposti nei magazzeni appositi, od in altri locali esistenti nel fondo, od altrove.

In ambi periodi, nel valutare l'entità pei lavori di coltivazione, e della raccolta, non si distingue fra il concorso dato mediante l'opera fisica e la intellettuale, o mediante la somministrazione degli stromenti o degli animali necessarî a compiere il lavoro. Così riman privilegiato il credito derivato dalla somministrazione di bovi, aratri, carri, carriuole, o di tini dove riporre il frutto della vendemmia (3).

---

(1) L'opinione di alcuni dottori francesi su questo punto, seguìta dalla giurisprudenza, non ha gran peso nello studio della questione secondo la legge italiana, la quale dà non soltanto privilegio per la spesa della semente e della raccolta, ma anche per quella di coltivazione; nè si può dichiarare esattamente questo termine, escludendone la concimazione, ch'è di tanta utilità, e di pratica così comune nel coltivo dei campi. App. Casale 30 giogno 1891 (*Foro it.* 1891, l. 1042).

V. PONT, op. cit., I, 134; cfr. AUBRY et RAU, op. cit., § 261, t. e n. 48; LAURENT, op. cit., XXIX, 451.

(2) Cass. di Napoli, cit. V. CHIRONI, l. cit.

(3) L'art. 1956 del Cod. civ. dà privilegio generale mobiliare alla persona di servizio per il credito di salarî. Ora, se il domestico dovesse prestare i suoi servizi

Digitized by Google

§ 5.

Altri privilegi sopra mobili speciali fondati sulla ragion del pegno; e specialmente del privilegio dello Stato per il tributo fondiario.

SOMMARIO. — **137.** Rinvio.

137. Degli altri privilegi su determinati mobili non si tien qui parola: se derivano dalla ragion propria del pegno, sono la manifestazione di questo rapporto di garanzia reale; se giustificati dalla ragion di pegno non vero, non proprio, il privilegio è la figura principale, ed il concetto di pegno entra nel rapporto qual termine necessario all'esistenza della prelazione. Qui, una parte speciale del patrimonio è destinata a garantire (garanzia in generale) un determinato credito; ma diversamente da quanto avviene nel privilegio del locatore, il creditore ne ha il possesso presso di sè o di altra persona (1); diritto reale non vi è, e l'elemento del possesso unitamente alla causa del credito, determina il privilegio. Onde la necessità di rinviare l'esposizione di questi privilegi alla teoria del pegno speciale (pegno propriamente detto).

Il credito dell'imposta fondiaria è privilegiato sui frutti (naturali e civili), prodotti dal fondo sul quale essa grava; il privilegio può cader qui su mobili speciali, ma le regole che lo governano saranno esposte, per dare unità alla ricerca, nel trattato del privilegio conceduto al credito del tributo fondiario (2).

---

in un fondo pei lavori di coltivazione e di raccolta, avrà il privilegio generale, o pure lo speciale, di che ora s'è discorso? La decisione deve dipendere dal modo col quale è regolato il salario; perchè, s'è inteso per il servizio in genere, dovunque e comunque prestato, l'opera è considerata per rispetto al padrone, ed il privilegio del credito è quello generale; se invece il salario è proprio fissato per i lavori di coltivazione e di raccolta, il servizio è in relazione diretta con questi fatti, ed il privilegio cade specialmente sui frutti raccolti nell'anno. Cons. Cass. fr., 18 giugno 1889 (*Journ. du Pal.*, 1890, 1, 146); LAURENT, op. cit., XXIX, 449 in f.

(1) Una parte dei privilegi mobiliari speciali presenta appunto questo carattere: la ragion del pegno non li determina, ma entra certo a costituirli. Onde la questione, se il possesso della cosa, necessario per l'esercizio del privilegio, non sia soltanto un mezzo di *conservar* la prelazione; del che si dirà in seguito, dopo la trattazione dei singoli privilegi.

(2) Cod. civ., a. 1962. Non si può contendere, che il privilegio pel credito del tributo fondiario, non sia mobiliare quando cade sui frutti civili, e sui naturali

Digitized by Google

§ 6.

I privilegi sopra gli immobili.

SOMMARIO. — **138**. Carattere generale di questi privilegi, e per quali crediti sono conceduti. — **139**. Privilegio per il credito delle spese di giustizia. — **140-144**. Privilegi per il credito di tributi dovuti allo Stato. — **145**. Privilegio per il credito di altre tasse.

138. Il contenuto giuridico del privilegio è disciplinato nella legge civile, nè ha motivo di cangiamento nella diversa natura dell' oggetto sul quale opera; ed ancor quando cade su di un immobile determinato, la sua entità si mantien distinta sempre dall' ipoteca, inducente dal momento di sua nascita un rapporto reale sulla cosa onerata. Vero è, che nel diritto francese, secondo le notizie esposte (1), il privilegio *reale* conteneva il diritto ipotecario, o almeno molta parte di esso: ma nella legge italiana s' è fatto ritorno al concetto romano, e sebbene qualcuno dei privilegî derivi dalla figura d' ipoteca tacita privilegiata, ha pur tenuto inalterato il proprio carattere giuridico. Ond' è, che si hanno crediti privilegiati, i quali per la estimazione, assai favorevole, di lor causa, vanno avanti a tutti gli altri: la legge non dà rispetto ad essi alcun valore al fatto che nella garanzia reale, legittimamente costituita, esiste l'alienazion di valore, destinata specialmente a soddisfare l'obbligazione cui è unita. E se ne veggono di altri, dov'è presente la distinzione, già segnalata nella dottrina romana, e ricordata nell'esposizion dei privilegi sui mobili (2), il privilegio cioè, che cede dinanzi al diritto d'ipoteca; alcuni poi, in conseguenza della ragione storica, mantenuta in leggi speciali, colpiscono la cosa, ancor quando

---

separati; ma siccome la ragion della prelazione consiste nel considerare il credito in relazione all'immobile, ed i frutti in relazione a questo, come ne fossero parte, si può correttamente comprenderli nel privilegio immobiliare.

(1) Della natura del privilegio reale, secondo la legge francese, si è discorso ampiamente, nello specializzare l' entità del privilegio vero (v. il capo I, ed il cap. prec.). Con l'accenno fattone nuovamente qui, si vuole avvertire, che le cose dette non lasciano dubbio anche in tema di privilegio immobiliare, dove, per l'oggetto e la ragion del privilegio, si è poco lontani dalla figura della prelazione reale.

(2) V. il cap. precedente.

Digitized by Google

consta, con tutte le forme di legge, ch'è uscita dal patrimonio del debitore.

L'argomento dedotto dalla tradizione storica dichiara parimenti, perchè i privilegi sugli immobili non siano costituiti dalla legge sulla generalità degl'immobili, ma soltanto su d'immobili speciali: i privilegî *reali* erano considerati, nell'antico diritto francese, quasi contenenti il rapporto d'ipoteca, e da questo s'inferì dovessero gli immobili andar soggetti a privilegî di tal genere; onde, accomodato alla tradizione il principio della specialità ricevuto nella materia ipotecaria, si ritenne doversi restringere la concessione dei privilegî immobiliari ad immobili specialmente determinati. È necessario di aggiungere, per la compiuta nozione della materia, che a dichiarare il concetto della specialità in questi privilegî, è mestieri riflettere alla lor causa, la quale si riferisce sempre ad un dato immobile, come s' avverte nei privilegî mobiliari speciali; altrimenti non s'arriverebbe ad intendere l'esistenza del privilegio sull'intero patrimonio, secondo è consentito pei privilegî generali mobiliari, che si possono far valere sussidiariamente sugli immobili, non vietando questa riserva che il privilegio vi sia. La *generalità* di questi privilegî sugli immobili è legata ad una condizione, la insufficienza cioè del patrimonio mobiliare: ma, sebbene in via condizionale, esiste (1).

139. Il primo privilegio speciale sugli immobili è conceduto al credito dipendente dalle spese giudiziali di espropriazione e di graduazione: il creditore dal quale vennero sopportate, o pur chi le ha sopportate in rappresentanza di lui, ha fatto opera cui gli altri creditori concorrenti erano obbligati, dove avessero direttamente instituito i due giudizî a fin di avere il soddisfacimento del proprio diritto di credito: nè perciò possono mover lagnanza, se le spese necessarie ad ottenere questo fine debbono essere rimborsate con prelazione sul prezzo degli immobili espropriati. La ragion del privilegio, come s'è avvertito rispetto a quello conceduto nella liquidazione del patrimonio mobiliare, è la necessità delle spese occorrenti a fin di ridurre la cosa in valore: e quindi l'*utilità*, derivata a tutti i creditori concorrenti dal fatto di chi s'è assunto di sopportarle. Per

(1) Cod. civ., a. 1963. Onde la necessità di provare l'insufficienza del patrimonio mobiliare. A. Torino, 1 febbr. 1889 (*Foro it*, 1889, 1, 598).

Digitized by Google

il quale concetto, e per le ricerche esposte (1) si mostra la *utilità* contenuta immediatamente nel fatto: onde il diritto del creditore che direttamente o per mezzo di altri sopportò le spese, ad esserne rimborsato con privilegio, abbenchè nel sopportarle non intendesse di obbligare verso di sè gli altri creditori che utilmente concorressero: non vi ha gestione di affari, sibbene una non propria *v. in rem* (2). E derivando sempre dal criterio proposto, si rileva, che il privilegio può esser fatto valere contro tutti i creditori dello stesso debitore, salve rimanendo le cause di prelazione. Ma, prima dell'*utilità* concreta, derivante dal fatto della collocazione con effetto, è l'*utilità* astratta, perchè senza il giudizio di espropriazione e di graduazione non è possibile specializzare il valore: concetto che vien meno anzitutto per il fatto contrario. Perchè, se in principio è presunta

---

(1) Cod. civ., a. 1961. Cfr. Cod. civ. Spagn., a. 1924, A (dove si richiede siano le spese giudiziali o di amministrazione della massa fatte *con la debida autorización ó aprobación*); Cod. civ. Port., a. 887, 3; Cod. civ. della Rep. Arg., a. 3879; Cod. civ. dell'Urug., a. 2392, 1°; Cod. civ. del Guatem., a. 2322, 1°; Cod. civ. del Chili, a. 2477, in f.; Cod. civ. del Messico, a. 2077, 1°; Cod. civ. del Basso Canadà, a. 2009. V. Pothier, *Proc. civ.*, p. IV, cap. II, § 2; Aubry et Rau, op. cit., § 262.

(2) La questione dell'entità del rapporto che, per le spese di liquidazione, sorge tra il creditore che le ha fatte e gli altri creditori concorrenti, è stata lungamente svolta nello studio dell'egual privilegio ordinato per i mobili. La spesa privilegiata è soltanto quella sopportata per la liquidazione del patrimonio (C. d'app. di Venezia, 23 ag. 1889, in *Temi ven.*, 1889, 605): non per il collocamento del concorrente (A. Genova, 6 giugno 1890, *Temi gen.*, 1890, 459); quindi, anche la spesa di conservazion della cosa, pendente la liquidazione, non quella dipendente da migliorie fatte, o da nuove costruzioni (C. d'A. di Roma, 16 nov. 1888 in *Temi rom.*, 1888, 418), quando non fosse necessario per ottenere una certa, immediata e migliore liquidazione, altrimenti non possibile, o non vantaggiosamente agevole: chè allora trae il vero suo carattere dal fine così accertato. Al quale tende direttamente, ed ha perciò privilegio, la spesa fatta per la divisione della cosa in seguito a rivendicazione di parte di essa; il rivendicante, per l'interesse che vi ha, deve concorrere alle spese occorse per la divisione (C. d'A. di Catanzaro, 10 apr. 1888 nel *Gravina*, 1889, p. 208).

I criterî altra volta esposti (v. il cap. cit.) rispetto alle persone che hanno diritto d'esercitare il privilegio, dichiara con esattezza che le spese d'amministrazione, e le obbligazioni contratte in dipendenza di esse, da chi ha qualità d'amministratore nell'interesse della massa, si debbono prelevare senza che necessiti di riferire la prelazione al privilegio in discorso. Perchè essa è conseguenza necessaria dell'amministrazione; con questo criterio si possono accogliere le decisioni che dichiarano privilegiati i crediti fatti al sequestratario o liquidatore per gli affari dell'amministrazione. C. d'app. di Firenze, 10 genn. 1889 (*Ann. della Giur. italiana*, 1889, p. 66); Cass. di Napoli, 28 luglio 1891 (*Foro it.*, 1891, 1, 1300); Cass. fr., 30 marzo 1866 (*J. du Pal.*, 1866, 1, 633); 1 apr. 1890 (*J. du Pal.*, 1890, 1, 1244).

Digitized by Google

l'utilità comune a tutti i creditori, la presunzione dev'essere poi convalidata dal fatto del concorso, e dov'esso manchi, è certezza che il creditore non concorrente non abbia inteso partecipare alla utilità in modo astratto, contenuta negli atti conducenti alla liquidazione; per la qual cosa, il creditore che s'è astenuto dal concorrere non è obbligato a sostenere alcuna parte delle spese, se il prezzo ricavato non sia bastevole al rimborso. È limitato poi dal *concorso utile:* se il creditore concorrente non potè avere collocazione efficace, l'utilità astratta non si mutò per lui in giovamento vero; e il diritto privilegiato del rimborso nasce da un rapporto dov'è la *versio in rem* (in senso più ampio di quel che non è nell'azione di tal nome) richiedente la utilità *effettuale* (1).

Da questa utilità oggettiva, deriva il regolamento speciale del come eseguire il rimborso a favore del creditore antecipante; lo si effettua con prelevamento sul prezzo ricavato dalla vendita dell'immobile (2). S'intende dell'immobile ch'è stato oggetto del giudizio, perchè le spese vennero sopportate soltanto per la liquidazione di esso, e l'utilità si restringe a specializzarne il valore; quindi, se il prezzo ricavato non fosse bastevole per ottenere il rimborso, e il debitore avesse altri immobili, al credito del residuo non s'accompagna privilegio sul prezzo ottenuto con la vendita di questi (3).

140. Il secondo privilegio è conceduto allo Stato (4) per la sollecita esazione delle imposte (5), con ampiezza diversamente misurata se-

(1) Di questa figura si dirà in seguito. Non rileva, se, dopo instituito il giudizio, siasi transatto, e la vendita segua privatamente: la ragion del privilegio non perciò vien meno (Cons. Cass. Roma, 25 apr. 1891 in *Foro ital.*, 1891, 1, 511).

(2) Quindi, perento il procedimento di esecuzione mobiliare, manca con l'utilità la ragion del privilegio (C. d'App. di Trani, 11 giugno 1889, in *Riv. giur.* di Trani, 1889, p. 655).

(3) Il privilegio ha la ragion sua nell'utilità riferentesi alla liquidazione dell'immobile; non seguita, per omissione fattane nel bando, la vendita di alcuni immobili compresi nella sentenza di vendita, le spese fatte soltanto rispetto ad essi non dànno privilegio sul valore ottenuto dalla vendita degli altri (Tr. Avellino, 28 febbr. 1888, in *Gazz. d. Proc.*, 1888, 429). Ma se fosse dato a spese deficienti di tal ragione, il debitore, per l'entità del privilegio, non ha interesse di opporsi. A. Bologna, 7 febbr. 1890 (*Riv. g. Bol.*, 1890, 84).

(4) Cod. civ., a. 1962; Cod. c. Spagn., a. 1923, 1°; Cod. c. Port., a. 887, 1°; Cod. c. della Rep. Arg., a. 3879, 2°; Cod. c. del Chilì, a. 2472, in f.; Cod. c. dell'Urug., a. 2322, 6°, 2332; Cod. c. del Guatem., a. 2392, 4°, 2406, 5°; Cod. c. del Messico, a. 2077, 4°; 2063, 4°; Cod. c. del Basso Canadà, a. 2009, 5°, 2011.

(5) Rispetto all'estensione fattane dal diritto comune alle Città, cons., oltre gli

Digitized by Google

condo i caratteri speciali di esse: ed è ragion generale della prelazione, il grande interesse pubblico, cui si collega l'esistenza stessa della società politica e civile, che le tasse siano pagate: altrimenti verrebbe meno la possibilità del regolare andamento di tutti i pubblici servizi. Per la qual considerazione, ebbe giusto motivo l'ipoteca legale privilegiata, consentita al fisco dalla legge romana, ed estesa più tardi alla finanza della città: e se per essa è giustificata ancora la prelazione congiunta dalla legge odierna al credito dell'imposta, nella figura dell'ipoteca legale è la ragione storica dell'istituto. Della quale, non occorre aggiunger altro alle notizie esposte sul privilegio mobiliare generale consentito al fisco; soltanto, è mestieri di spiegare perchè all'imposta e sovrimposta fondiaria sia dato un privilegio speciale sul valore degli immobili cui si riferiscono. Due sono le considerazioni onde ha sufficiente motivo l'ordinamento della legge: la ragione storica or accennata dell'ipoteca, e poi la figura del privilegio reale; questo non poteva esistere se non su beni immobili, e parve perciò non si potesse sottoporre gli immobili a privilegio di altra natura. Ma la ragion fondamentale dell'istituto è la natura del debito: l'imposta fondiaria (e così la sovrimposta comunale e provinciale) è considerata qual valore contenuto nel fondo stesso, nè a questo concetto rimase al tutto estranea la dottrina della proprietà eminente dello Stato; gli immobili di proprietà privata o spettanti (1) alle associazioni politiche e pubblico-amministrative (demanio dello Stato, delle provincie, dei comuni) formano insieme il territorio nazionale, tenuto, per tale sua entità, a contribuire in gran parte alle spese necessarie per la vita dell'associazione che vi svolge la propria attività. Se il modo dell'imposizione dava all'imposta fondiaria il

---

aut. cit., studiando il privilegio mobiliare del fisco, MERLIN, op. cit., l. III, t. 3, q. 93, n. 3; ZANCH., op. cit., ex. 2, § 3, n. 10 e seg.; MANTICA, op. cit., XI, t. 18, n. 47; DE LUCA, op. cit., *de feudis*, disc. 72, n. 2.

(1) La locuzione adoperata nel testo, non induce l'accettazione della teoria, che attribuisce i beni demaniali all'ente cui si riferiscono; e neppure si vuol con essa accogliere la distinzione tra spettanza od appartenenza, e vera proprietà. Si vuol accennare piuttosto alla distinzione della *personalità dello Stato* (e così della Provincia e del Comune, ed anche della Chiesa non per sè, come persona giuridica considerata nella sua universalità, ma negli istituti speciali, in cui esplica il suo fine), dalla universalità degli associati; la quale, come unione di più aventi diritto, od interesse, esiste tuttora, rispetto a certi rapporti, secondo avviene nei beni di uso pubblico. Su tutto ciò, v. CHIRONI in *Quest. di dir. civ.*, p. 12 e segg., e specialmente in *Riv. ital. per le sc. giurid.*, 1891, fasc. 2, p. 2, § 1.

Digitized by Google

carattere di obbligazion personale a carico del contribuente, dalla relazione tra il concetto del territorio e la società che ne trae la prima e più viva forza economica, si dedusse il suo carattere vero, proprio di onere reale: non è obbligazione *ob rem*, secondo il significato proprio di questo rapporto, ma è sempre valore contenuto nell'immobile, e percepito sotto forma di prestazione periodica, quantunque sia giuridicamente possibile di autorizzare il proprietario a pagar in una volta il capitale, che l' amministrazione collocherebbe poi a frutto (1). Ed all'onere reale s'accompagna l'obbligazione personale del contribuente inscritto (2).

---

(1) Cons. su di ciò le mem. di SCIALOIA in *Nuova Antol.*, 1867, 1868; e su di esse v. MINGHETTI, in *Opusc. letter. ed econ.* (Firenze, 1872), p. 363 e segg. V. pure WAGNER, op. cit. §§ 440, 485 e segg..

(2) La questione sull'entità del tributo fondiario, spetta piuttosto alla scienza finanziaria che al diritto civile, il quale tuttavia non può disinteressarsene, occorrendo di conoscere il contenuto dell'istituto, per intendere le norme relative al privilegio, e quelle contenute nella legge speciale di esazione dell'imposta. Certo è, ed i fonti non dànno qui luogo a dubbio, che il tributo fondiario apparisce da prima come imposizione gravante sul fondo; le forme di privilegio o d'ipoteca privilegiata, o di privilegio reale, manifestano questo concetto, per cui la *cosa* deve, ed il possessore paga perchè raccoglie dal fondo imposto quel reddito al quale lo Stato ha diritto di partecipare per l'onere reale, di cui è soggetto (cons. WAGNER, op. cit.; CHIRONI, in *Foro ital.*, 1892, cit.). Cangiò, è vero, la concezione fondamentale dell'imposta, che da imposizione sul fondo, e perchè diretta a colpire il *reddito* della persona, parve tributo dovuto da questa; ma dovuto a ragion del godimento tratto dal fondo, e garantito da privilegio immobiliare, non perdette al tutto la natura giuridica originaria. Specialmente, s'avverta alle disposizioni speciali della legge sulla riscossione delle imposte dirette, che saranno ricordate in seguito: la qualità *personale* del rapporto s'intreccia col reale, nè può dirsi (sebbene rispetto alla sola legge civile si potrebbe correttamente affermarlo), che il privilegio immobiliare sia privilegio vero, sia prelazione data ad un credito in ragion della sua indole, senza che nel rapporto vi sia ombra di realità. Nè rileva se in molti dei dottori, e in molte delle decisioni giudiziarie, il privilegio in discorso sia detto *reale;* tale sarebbe difatti secondo l'origine, non secondo lo svolgimento ed il concetto ultimo del privilegio, com'è fissato nella legge civile. E pur ammesso, che, malgrado l'entità propria del privilegio, il carattere *reale* dell'imposta non ne abbia avuto modificazione, s'avrebbe non un privilegio *reale*, discordante assai dal concetto tenuto nella legge, ma un onere reale manifestantesi con la forma del privilegio, la cui figura non sarebbe dunque prevalente nella struttura dell'istituto.

Questa è la teoria da accogliere, combinando la legge civile e la legge speciale ricordata. L'imposta fondiaria è onere reale; ma in pari tempo, perchè l'onere tocca non il valor del fondo per sè, sibbene per la produzione che può derivarne, e che è raccolta, o potrebbe esserlo, dal possessore, questi è tenuto personalmente al pagamento. E par dimostri la realità, la non rilevanza del fatto che il fondo fosse

Digitized by Google

Da questi presupposti emergono due conseguenze, che per essere scritte nella legge, mostrano com'essi ne siano il vero motivo; per la prima apparisce come il privilegio debba colpire gli immobili del contribuente situati nel territorio del comune, in cui si riscuote l'imposta: il contributo è ripartito secondo la distribuzione del territorio comunale, perchè il comune rappresenta l'unità naturale dell'aggregazione politica. Il privilegio è conceduto sul valore di *tutti i terreni*, per l'*unicità* dell'imposta fondiaria dovuta nel comune, secondo gli accertamenti fatti in base al catasto, ch'è pure comunale; nè malgrado la dizione apparentemente generale, si può dubitare della specialità di questo privilegio, riferentesi ad immobili determinati in relazione al luogo dov'esistono. La seconda conseguenza, contiene l'estimazion del tributo in modo più proprio: se nella prima, il valore è considerato rispetto a tutti gli immobili, nella misura data dall'intera contribuzione dovuta per essi: in questa, è considerato particolarmente rispetto all'immobile sul quale il tributo grava: e la legge speciale sulla riscossion dei tributi (1), ordina che gli atti di esecuzione immobiliare si possano eseguire legittimamente contro chi è scritto sul ruolo dei contribuenti, anche se l'immobile è stato trasferto ad altri. La qual disposizione non parrebbe potersi dichiarare correttamente, se all'imposta è dato soltanto il carattere di obbligazion personale: ma non si può neppure costruirne la figura giuridica col solo concetto di onere reale, o di obbligazione *ob rem*, mancando la facoltà di liberarsi con l'*abbandono*.

Il carattere dell'imposta dovuta allo Stato è pure attribuito alla sovraimposta comunale e provinciale, a ragion della funzione sua; col provento di essa viene supplito a quanto manchi di entrata dalle tasse speciali e dalle rendite patrimoniali, per pareggiare l'uscita: l'interesse generale dei servizî che la provincia ed il comune debbono prestare agli amministrati, giustifica il contributo imposto sussidiariamente al territorio.

---

passato a proprietario diverso da quello ch'è debitore del tributo; il fondo è imposto, e l'esattore può ben procedere su di esso. La restrizione del privilegio, che parrebbe contraddire alla realità or notata, è dichiarata dalla necessità di conciliare gli interessi dei varî creditori concorrenti (V. Chironi, loc. cit.). Cfr. la n. seg.

(1) L. 20 apr. 1871, modif., a. 43, c. ult. Si potrebbe costruire con la nozion di rapporto personale, deducendo dal concetto di privilegio; e avvertendo che la disposizion della legge speciale è presunzione tolta dai registri, nell'interesse della Finanza. Risponde meglio alla storia la costruzione esposta.

Digitized by Google

141. La prelazione è consentita al credito dell' imposta e della sovraimposta per l'annata in corso e l'antecedente; terminologia questa, che è dichiarata a sufficienza dalla ricerca fatta rispetto ad alcuni privilegî mobiliari, onde niun dubbio rimane ora a sciogliere sull'intelligenza della locuzione « *annata antecedente* »: la quale può essere qualunque delle annate precedenti (purchè il credito non sia estinto), e non proprio quella immediatamente anteriore all'annata in corso. I dubbî gravi si riferiscono all'altro termine « *annata in corso* »: ma i principî esposti (1) paiono così rigorosamente veri, da doversi richiamar qui senz' altra ricerca, ed applicare senza restrizione.

Difatti, che l'annata *in corso* sia quella svolgentesi nel momento in cui avviene il primo atto col quale si esercita il diritto di garanzia, o la garanzia in genere sull'immobile, non si può contestare: se tra i creditori concorrenti, nessuno ha su di esso un rapporto di garanzia propria, quell'atto determina l'esercizio del diritto comune loro sul patrimonio del debitore; se qualcuno poi ne ha, egual effetto s'avvera rispetto agli altri, supponendosi nel rapporto speciale il rapporto comune di garanzia (2): e (fatta eccezione per la garanzia reale conceduta da un terzo) i creditori chirografari hanno diritto su quanto avanza dal prelevamento del valore contenuto nella sicurtà reale speciale; nè si tralasci di avvertire, che si può anche avere una causa di privilegio talmente favorita, da superare la sicurtà reale. L'esercizio della garanzia fissa dunque la posizion giuridica dei creditori chirografarî nella liquidazione del patrimonio del debitore; e l'atto col quale avviene, è quello effettuato direttamente sull'immobile col porre in relazione l'instante con la cosa: nell' esecuzione immobiliare, questa virtù spetta alla *trascrizione* del precetto immobiliare, che dichiara soggetto a liquidazione l'immobile nello stato in cui è in quel dato momento (3). Si potrebbero

---

(1) V. il rinvio fatto nella n. prec.

(2) V. la n. prec.

(3) In coerenza alla decisione accolta (v. da ultimo C. d'app. di Casale, 31 genn. 1890, in *Giur. it.* 1890, 477; 4 luglio, 1890 in *Giur. it.*, 1891, 112; Cass. Roma, 28 maggio 1890 in *Foro ital.* 1890, 1, 1173; C. d'app. di Catanzaro, 25 apr. 1890, nel *Gravina*, 1890, 106), ed alle considerazioni fatte sulla funzione della trascrizione rispetto al patrimonio del debitore, s'intende che per le imposte maturate dopo la trascrizione del precetto, non vi ha privilegio; sebbene, argomentando dalla natura dell'imposta siasi deciso potersi procedere sui frutti pendenti naturali o civili:

Digitized by Google

proporre altre teorie, derivandole da diverso modo di fissare il tempo in cui s'avvera il concorso dei creditori, e traendo pure partito dalla nozion del privilegio: così, non parrebbe affermazione strana quella che lo dicesse avverato nel tempo in cui si stabilisce l'ordine dei crediti, o, per il carattere di questo atto, che non è per sè attributivo di diritto, l'altra che riportasse l'avvenimento alla data della sentenza di aggiudicazione, o della notificazione dell'offerta di purgazione nel caso di trasmissione volontaria. Difatti, con la sentenza di aggiudicazione, vien liquidato l'immobile, ne è determinato cioè il valore secondo l'instanza dei creditori, che per questa via intendono di ottenere il soddisfacimento del loro avere, e l'obbligazione di farne il pagamento esiste da quel momento contro l'aggiudicatario; del pari, con l'offerta di purgazione è determinato il valore dell'immobile com'è esibito dal terzo acquirente, ed è così *specificato* l'oggetto del rapporto patrimoniale di garanzia. A ciò si aggiunga una considerazione dedotta dalla natura giuridica del privilegio: il quale non consiste sulla cosa, ma sul valore, e se ha esistenza concreta quando il *valor* della cosa è *specificato*, pare si debba inferirne, che, dicendo di *anno in corso*, la legge intenda il momento in cui si effettua il diritto di prelazione per l'avvenuta determinazione dell'oggetto.

Questa ragion di dubitare contro la dottrina proposta, ha certo valore, ma non si può attribuirgliene tanto da farla riescir vittoriosa; se per un lato vi si considera il momento in cui il privilegio è posto in essere, per l'altro si argomenta poi da altra considerazione più generale, il rapporto cioè di tutti i creditori verso il patrimonio del debitore, pur comune ai crediti avvantaggiati della prelazione: ora, non si deve attendere al punto in cui questa qualità è fatta va-

---

non v'ha ragion di distinguere (Cod. civ., a. 1962; comb. con la L. 20 apr. 1871, modif. dalla L. 2 apr. 1882, art. 62 in f. V. Cass. di Roma, 13 sett. 1888 in *Foro ital.* 1889, 1, 1105; Trib. di Bologna, 26 apr. 1889, in *Riv. giur. bologn.* 1890, 125; v. il n. 131). Si è detto della trascrizione del precetto, e s'intende di quel precetto che determina il diritto di garanzia dei creditori: quindi, se il precetto trascritto è fatto per aprire l'esecuzione promossa da un privato, da questa data si computerà il biennio (Cons. Cass. di Roma cit.).

Il privilegio è dato allo Stato ed agli altri enti ricordati nella legge, per il credito dell'imposta e della sovraimposta; ma il privilegio segue il credito, e se questo non fosse estinto per il pagamento, in seguito a surrogazione del pagante, il surrogato ha diritto di esercitarlo, come ne aveva diritto il creditore originario al quale esso è stato sostituito (Cons. App. Venezia, 10 nov. 1890, in *Legge*, 1891, 1, 237; App. Catania, 2 ott. 1891, in *Giur. ital.* 1891, 730).

Digitized by Google

lere, sibbene allo stato del credito non assicurato da garanzia reale speciale, nel momento in cui si effettua il concorso di tutti i creditori chirografarî sul patrimonio del debitore, garanzia comune di essi. Il credito privilegiato ha vantaggio sugli altri in ragion della sua causa; ma per la uguaglianza dei varî creditori concorrenti, rispetto alla garanzia generale contenuta nel patrimonio, l'entità, pure privilegiata com'è, dev'esserne stimata nel tempo in cui principia la liquidazione, non a liquidazione finita: in quel tempo avviene il concorso dei creditori sul patrimonio. Questo ragionamento non fa per il caso di sicurtà speciale, dove si ha un valore specializzato a garanzia di un dato credito; dei creditori chirografarî, tutti hanno egual diritto alla garanzia in genere, esercitata per tutti nel medesimo istante: onde la necessità di calcolare l'estensione del privilegio secondo il vantaggio che il credito ne trae nel momento in cui tale esercizio ha principio. La concessione del privilegio non modifica la natura giuridica del rapporto, che riman sempre *di obbligazione:* e non gliene fa sorgere accanto altro di diversa natura, come avviene della sicurtà reale costituita a garantire il rapporto personale di credito.

142. La dottrina esposta par contraddicente assai al concetto giuridico dell'imposta fondiaria com'è stato descritto: se vi è contenuto un valore, dovuto con forma di prestazione periodica (1) allo Stato, e, in via sussidiaria, alle provincie ed ai comuni, l'amministrazione creditrice dovrebbe essere preferita agli altri creditori, senza limite di tempo. Il valore chiesto è oggetto di un rapporto immediato con la cosa, e come non è mai appartenuto, nè appartiene al possessore del fondo, così il creditore dovrebbe avere il diritto di detrarlo nella intera quantità costituente l'estensione del debito, fino al momento dell'aggiudicazione; e, se quanto s'è detto della virtù limitata del privilegio segue dal non esservi contenuto un rapporto reale con la cosa, è necessità logica che questo limite cessi quando s'è in presenza di tal relazione.

Questi argomenti non persuadono a costruire diversamente da quanto è disposto dalla legge, e dalla nozione qui proposta del privilegio; perdono ogni importanza, quando si pongano in giusto accordo il carattere della imposta, la legge che l'avvantaggia di pre-

(1) V. *la n.* 2 a pag. 303.

Digitized by Google

lazione, ed il modo col quale questa si spiega secondo l'entità giuridica del credito privilegiato. Che la imposta fondiaria abbia carattere di onere reale(1), cui è unita la obbligazione personale di chi nei ruoli figura come *possessore*, pare concetto sicuro; onde la legge, argomentando di qui, avrebbe dovuto ordinarne il pagamento con prelazione, non per la virtù del privilegio, sibbene per la natura stessa del credito: e se nell'ordinamento dei privilegi tenne altra via, ciò avvenne perchè accolto a ragion del privilegio del tributo l'istituto antico dell'ipoteca privilegiata, tolse a fondamento della prelazione il semplice concetto di privilegio, e trasandò la figura del rapporto reale di garanzia cui era unita. Tra le due costruzioni, quella tenuta dal diritto antico risponde meglio al carattere dell'imposta fondiaria, che, onere reale per sè, dava nascita all'ipoteca legale, sebbene concorresse a giustificarla un'altra considerazione, l'interesse del fisco; la legge odierna mostra in più punti di avere della imposta fondiaria il concetto descritto, ma regolando la materia delle prelazioni, non lo tenne per inferirne che nel rapporto per virtù interna sua vi è contenuta la prelazione: lo tenne qual motivo che giustifica il favore manifestato mediante la concessione di un privilegio ampio. Onde la necessità di studiare la natura dell'imposta fondiaria, soltanto per indagare il *motivo* del privilegio, il quale in conseguenza non è la manifestazione di un rapporto reale, ma ha l'entità giuridica propria dei *privilegi:* e s'andrebbe a conseguenze ripugnanti alla legge, se qui si argomentasse l'estension della prelazione da principî diversi da quelli ond'è governato il privilegio propriamente detto. La legge odierna derivò dalle leggi anteriori il concetto della garanzia consentita ai *crediti* del fisco, e, senza preoccuparsi di rilevare compiutamente il carattere delle singole imposte, ritenne che s'avesse nel credito una causa sufficiente per concedere il privilegio, che ordinò poi, sotto la influenza dell'istituto del privilegio reale, secondo appariva nel diritto francese.

Queste considerazioni dànno alla locuzione *annata in corso,* il significato dichiarato secondo la teoria esposta: e come vanamente si

(1) Da questo carattere di realità (cfr. n. 2 a pag. 304) deriva l'*indivisibilità* del credito (Cons. Cass. di Roma, 28 maggio 1890, in *Foro it.* 1890, 1, 1173). Nè ripugna alla realità avvertita, che l'imposta si ripartisca secondo la division dell'immobile, constatata nei registri censuarî; l'onere non perde la sua entità, ma si atteggia nell'estensione alla condizion del fondo. La natura del credito, adagiato pur sul prodotto, induce un concetto personale limitante la realità, senza scoterla.

Digitized by Google

può tentare una diversa costruzione fondata sulla natura del tributo, così, riesce pur vana la proposta di costruire sulla ragion del privilegio consentito all'imposta e alla sovraimposta, per inferirne l'esistenza della prelazione per tutta la durata del giudizio d'espropriazione (1). La locuzione *annata in corso* dev'essere dichiarata non seguendo la causa di questo privilegio speciale, ma la natura del privilegio, il quale non dà per sè sul *patrimonio* un diritto diverso da quello spettante agli altri creditori chirografarî; e tenendo il principio che la prelazione non dev'essere estesa oltre i limiti entro i quali il legislatore volle contenerla: chè altrimenti non si saprebbe come giustificarla. Qual valore poi si comprenda nel termine *annata in corso*, se cioè l'intera annata d'imposta, oppure la parte decorsa dal principio dell'anno al momento della trascrizione del precetto immobiliare, è questione studiata, e che sarà sottoposta a nuovo esame nell'esposizione generale della teoria del privilegio (2): la decisione dipende tutta dall'*unità* del credito d'imposta *annuale* (3) che rispetto al privilegio non può essere frazionata, malgrado le scadenze parziali stabilite.

143. Assieme al valor del fondo, dà materia a questo privilegio il valore dei frutti, fitti e pigioni dello stesso immobile (4). Sull'esatta intelligenza della legge può nascere qui grave dubbio, perchè, argomentando dalla riserva contenuta nella dichiarazione che il privilegio ordinato non pregiudica ai mezzi speciali di esecuzione, è parso a taluno (5), che ponendo in accordo la legge civile con la speciale della riscossione dei tributi (6), si dovesse inferirne la possibilità di agire con procedimento separato sui frutti dell'immobile pendente il giudizio di espropriazione di esso: talchè, considerata a parte la procedura esecutiva sui frutti, la locuzione *annata in corso*, si dovesse intendere rispetto ad essi per l'anno volgente nel tempo del

---

(1) Cfr. Chironi, *Quest. di dir.*, p. 243; ma vedi lo stesso A. in *Istit. di D. civ.*, § 210.

(2) *V. su* questo argomento le ricerche fatte nello studio sul privilegio del *locatore.*

(3) Tale è il sistema della legge. L. 20 apr. 1871, modif. dalla L. 2 apr. 1882, art. 23. C. d'A. di Casale, 5 giug. 1888 (*Giur. Cas.*, 1888, 209).

(4) Cod. civ., art. 1962 cit.

(5) V. la n. 3 a pag. 305.

(6) V. la n. 3 cit.

Digitized by Google

pignoramento, ch'è il primo vero atto di esecuzione mobiliare. Non si può negare, che nel suo effetto pratico quest'avviso temperi giustamente la limitazione del privilegio immobiliare ristretto a due soli anni, sebbene la procedura di espropriazione possa aver corso più lungo; ma la disposizione della legge speciale su cui si fa assegnamento per la costruzione della teoria, non risponde al caso, perchè il privilegio sui frutti che vi è ricordato, è, per espresso riferimento, quello ordinato nella legge civile. Onde la necessità di studiar quest'ultima nelle sue parti, quando si voglia intendere l'entità vera del privilegio sui frutti.

Ora, tenuto a guida il doppio carattere dell'imposta fondiaria, la quale, per un lato (quello proprio a lei, che la specializza) è onere reale, è rapporto che ha per oggetto una parte del valore del fondo: e dall'altro, com'è in genere la natura dei tributi, colpisce la rendita, e grava sul valore produttivo dell'immobile, s'intende la giustizia del privilegio conceduto sul valore del fondo, e dell'altro conceduto sul valore delle cose in cui si manifesta la produttività di esso. Perciò son due i privilegî qui ordinati: immobiliare l'uno, mobiliare l'altro(1); e questo può essere esercitato anche nell'esecuzione mobiliare, dove l'annata in corso vien determinata, secondo s'è avvertito, dalla data del pignoramento: nè rileva che la legge ne abbia disposto regolando il privilegio immobiliare, perchè colpisce i prodotti del fondo, sul quale questo è conceduto.

Fin qui non pare la difficoltà sia grande. Se invece della sola esecuzione mobiliare sui frutti (separati o pendenti), si fosse aperta l'esecuzione immobiliare sul fondo, le due esecuzioni potranno poi concorrere? iniziata quest'ultima, e misurato, rispetto ad essa, il privilegio dalla trascrizione del precetto, si potrà poi aprire la mobiliare sui prodotti del fondo, misurando il nuovo privilegio dalla data del pignoramento? e potrà qualunque creditore aprir la seconda procedura mentre dura la prima?

S'intende che se la trascrizione è per il credito d'imposta, non estende il diritto derivante dal privilegio, e quindi non vi ha difficoltà. Negli altri casi, la legge civile rende impossibile che, iniziata la procedura esecutiva immobiliare, si possa aprirne separatamente altra sui frutti dello stesso immobile, così da esservi due concorsi

(1) Osservazione già fatta.

Digitized by Google

distinti; avvenuta la trascrizione del precetto immobiliare s'intendono immobilizzati i frutti (1), il valor dei quali va perciò considerato insieme a quello del fondo, e sulla massa unica così formata si regola il concorso dei creditori. Con tale efficacia della trascrizione, com'è legalmente possibile si possa procedere al pignoramento dei frutti, pendente l'esecuzione, ch'essa ha iniziato? e allora, malgrado la convenienza pratica avvertita, come si può esercitare separatamente sui frutti il privilegio per quella parte d'imposta non compresa nel privilegio immobiliare, perchè scaduta dopo esauritane la comprensione? Certo, in questo modo di considerare il privilegio sui frutti, si mostra l'entità della legge speciale di voler mantenuta la regola sull'efficacia della trascrizione, estendendo il privilegio immobiliare al valor dell' immobile e dei frutti immobilizzati; ma se avesse detto dei frutti soltanto per ricordarne l' immobilizzazione, avrebbe fatto cosa al tutto inutile, in presenza della regola sulla trascrizion del precetto, onde il richiamo di questa con l'applicazione speciale relativa ai frutti, è inteso a fin di connettervi l'eccezione contenuta nella riserva che la concessione del privilegio immobiliare sul *valore del fondo* e *dei frutti* non rechi pregiudizio ai mezzi speciali di esecuzione autorizzati dalla legge. Che è la speciale, contenente le norme della riscossion delle imposte, e quindi dell'esecuzione sui frutti a fin di ottenere il pagamento dell'imposta fondiaria (2); e però argomentando dalla riserva fatta, e dall'essere questa ordinata in relazione alla legge particolare, si deve inferirne due conseguenze. Anzitutto, l'eccezione speciale alla regola sull'effetto della trascrizione, perchè qui l'immobilizzazione dei frutti conseguente alla trascrizione del precetto immobiliare, non vieta d' instituire sui frutti una procedura esecutiva separata; e l'eccezione si riferisce poi al solo credito d'*imposta fondiaria*, perchè se questa dà causa del privilegio, e ne è colpita la produttività del fondo, non s'intenderebbe come il credito dell'imposta si possa rinnovar sempre, pur durante il giudizio di espropriazione dello stabile, e sebbene esistano cose che ne manifestano concretamente la produttività, il credito non sia privilegiato. Il privilegio sul *valor del fondo* non estingue il tributo, quasi vi fosse con-

(1) Cod. civ., a. 2085; ma su questa ragion di dubitare, v. in seguito.

(2) Cod. civ., a. 1962; e L. 20 apr. 1871, modif. dalla L. 2 apr. 1882, art. 62. V. la n. 3 a pag. 305.

Digitized by Google

tenuto il credito dell'imposta capitalizzata, e siccome questa colpisce la produttività, la produzione periodica, la rendita effettiva è diminuita di quella prestazione parimenti periodica, che è la imposta: così l'eccezione ha solo per fine di dedurre dal valore dei frutti immobilizzati l'ammontare del tributo, ed il valore residuale di essi si accresce nella massa al valore del fondo. L'eccezione è dunque ordinata per il solo credito dell'imposta fondiaria: per il qual titolo si può procedere separatamente sui prodotti dell'immobile, anche pendente il giudizio di espropriazione del fondo, e ottenere il valore dell'imposta dell'anno in corso nel dì del pignoramento, e dell'anno anteriore. Nè si creda che il mezzo speciale di esecuzione crei un rapporto particolare, indipendentemente dal *concorso* dei creditori: senza il quale non s'intende l'esistenza del privilegio, autorizzante una separata deduzione di valore dai due termini (fondo: frutti), che compongono la massa su cui i creditori concorrono (1).

144. Il privilegio ora studiato, consente allo Stato per il credito dell'imposta fondiaria, alle provincie ed ai comuni per il credito della sovraimposta, la prelazione su tutti gli altri crediti, anche ipotecarî. Ed in ciò, par di rilevare tutt'a prima una grave anomalia, perchè il privilegio non è manifestazione nè causa di rapporto reale, e quando fosse unito ad un credito semplicemente chirografario non gli attribuisce tal forza da superare il pegno (2): nè giova argomentare dalla legge romana, già concedente al fisco oltre del privilegio, l'ipoteca privilegiata, così da vincere, per il credito dei tributi, qualunque altra garanzia reale. Pure, in questa legge è la origine storica di tanta efficacia concessa al privilegio: la ragion dell'imposta che è ragion di esistenza delle pubbliche potestà, ne giustifica la estensione, mantenuta nel diritto odierno, indipendentemente dal concorso di vincolo reale ipotecario. Nè la virtù del semplice privilegio, non connesso cioè alla ipoteca, e pur vincente

(1) Tutti i frutti; tra questi è da annoverarsi il taglio di un bosco a fin di ridurre la legna in carbone? Se il bosco fosse ceduo, non sarebbe possibile il dubbio; altrimenti il privilegio dev'essere giustificato considerando il valor delle piante atterrate come valore del fondo, sul quale è ordinato il privilegio immobiliare (Cfr. Cass. Roma, 16 giugno 1891, in *C. supr. di Roma*, 1891, 1, 290). S'intende ch'è necessario si dimostri con certezza la provenienza, e che la cosa esiste ancora presso il debitore.

(2) E ciò, com'è stato avvertito, per la natura stessa del privilegio.

Digitized by Google

le ipoteche, è violazione dei principî generali che governano l'istituto; il privilegio è causa di prelazione estimata sovranamente dal legislatore, il quale, argomentando soltanto dal favore di cui gli paia meritevole il motivo del credito, ne ordina l'entità con l'efficacia, ch'egli ritiene proporzionata alla considerazione avuta. E quantunque nella posizion dei principî si dia il maggior peso al rapporto nascente dalla garanzia propria e speciale, la legge non dev' essere vincolata assolutamente a questo concetto; limitazione così esagerata, contraddirebbe alla facoltà sua, di apprezzare giustamente la *causa* del credito (1).

145. Con virtù più ristretta s'accompagna a questo, il privilegio per il credito dei diritti di registro e di ogni altro tributo indiretto su gli immobili che ne furono l'oggetto (2): privilegio speciale, che colpisce il valore dell'immobile dedotto nell'atto soggetto alla tassa, e giustificato dalla considerazion del diritto che la legge finanziaria consente allo Stato in conseguenza del negozio seguìto. Non è che nelle mutazioni avvenute rispetto al diritto sull'immobile od alle persone cui tal diritto appartiene, si debba supporre l' esistenza di una concessione originaria del suolo fatta dallo Stato, od il riconoscimento di un particolare dominio eminente di esso sul territorio nazionale: la legge regola soltanto l'interesse, la partecipazione indiretta dello Stato nel movimento della ricchezza particolare, che, qualunque forma rivesta, deve contribuire ai bisogni del potere sociale: la tutela ch' esso esercita, agevola questo movimento.

Ma qui il privilegio non è pari in ampiezza al privilegio dell'imposta fondiaria; ed in ciò s'ha nuova prova della grande latitudine lasciata al legislatore nell'estimare il favore di cui sembri meritevole la causa del credito; mentre nel privilegio descritto, la causa

---

(1) Il privilegio non può essere esteso alla parte del credito, che comprende le multe; nulla rileva che queste siano termine accessorio del credito principale, perchè il privilegio ha la sua ragion di essere nella *qualità* del credito favorito: e nel *valore* cui è data la prelazione, non sono comprese le multe costituenti una *penalità*. La ragione storica del privilegio e dell'imposta, giustifica questa risoluzione. App. Genova, 30 dic. 1889 (*Temi genov.*, 1890, 79); 6 giugno 1890 (*Ib.*, 1890, 459). Cfr. App. Napoli, 8 aprile 1889 (*Gazz. proc.*, XXIII, 591).

(2) Cod. civ., a. 1962 cit.

Digitized by Google

è considerata così favorevolmente da avanzare i crediti ipotecarî, qualunque sia la data dell' iscrizione, qui il privilegio dello Stato si ferma di fronte al diritto reale acquistato anteriormente all' atto che ha dato origine alla tassa. Come di leggieri si avverte, non s'è ancora in tema di privilegio puro, nel quale caso non si dovrebbe distinguere secondo la data di nascita del diritto reale, che in ogni caso dovrebbe essere superiore: il tributo si fissa sull'immobile quasi con carattere di realità, onde trae efficacia rispetto a tutti dal giorno in cui il credito è determinato. Quasi; perchè senza ricorrere al concetto della realità, si può costruire la teoria secondo la natura del privilegio, ricordando il poter di estimazione che la legge ha rispetto ai crediti, e avvertendo che il largo favore esiste dal dì che il credito è nato. E argomentando invece dalla realità, è mestieri di porre a raffronto l'entità dell'imposta fondiaria con il tributo indiretto su degli immobili. Rispetto al primo di questi due istituti si è già determinato l'elemento di realità che può esistere in esso, avvertendo, che per legittimare il privilegio si può far anche a meno del ricorrervi, perchè l'estimazione della qualità del credito può indurre il legislatore a dargli una prelazione assoluta su qualunque diritto reale di garanzia; astraendo dalla realità, siccome l' imposta si riferisce al reddito del fondo, s'avverte il favore conceduto al credito di essa sul valor del fondo che ne è gravato Nel tributo indiretto, l'elemento della realità così inteso, verrebbe meno; non il fondo per sè vi dà occasione, ma il fondo in quanto dà materia al movimento della ricchezza sociale, onde ha origine immediata la tassa. Pure, ancorchè indirettamente, il fondo par che vi entri, e perciò il favore dato sul valore di esso al credito; sebben poi questa relazione non diretta del fondo col credito, dia modo di considerar variamente il privilegio.

Il quale, si potrebbe intendere qual manifestazione dell'inefficacia, di fronte allo Stato creditore, degli atti di disposizione compiuti dopo il trasferimento, quasi che l'acquirente non possa liberamente disporre del suo diritto, se non è pagata la tassa dell'atto. Ma la costruzione non è esatta; e per compierla è mestieri si consideri il privilegio come inducente un rapporto di garanzia reale. La qual figura è più rispondente alla legge, a meno che non si voglia distinguere secondo il diritto cui s'oppone; se questo fosse diritto reale di garanzia, non si escirebbe dalla materia del privilegio, potendo la legge, per la facoltà di estimazione che le appartiene, favorirlo su tutte le ipoteche,

Digitized by Google

nè dargli virtù soltanto sulle posteriori al credito privilegiato; negli altri casi, il credito avrebbe figura di onere reale; e qui il privilegio non sarebbe privilegio vero, sibbene manifestazione di questo istituto. Se tal distinzione non piacesse, si dovrebbe costruire la teoria, respingendo al tutto la figura del privilegio; ed affermando, che la legge introdusse qui una causa di prelazione, e non la pose correttamente tra i privilegî, perchè non deriverebbe dalla sola considerazione della causa del credito, sibbene dalla garanzia reale contenuta nel privilegio, o pur dall'entità del rapporto *reale,* in cui il credito è trasformato, onde la figura della tassa di onere sull'immobile dedotto nell'atto (1).

Per i quali criterî, s'intende la limitazione in cui è costretta questa prelazione, che talvolta è, tal'altra non è privilegio vero; sorta in seguito all'atto di trasferimento, non può dar pregiudizio ai diritti reali di qualunque genere, acquistati anteriormente sull'immobile dai terzi, e neppure ai terzi possessori dell'immobile nel caso di supplemento di tassa. Il supplemento di tassa non è nuova tassa: altrimenti non si potrebbero distinguere i terzi possessori dagli altri terzi che avessero acquistato diritti reali sull'immobile, e la prelazione non dovrebbe esistere rispetto ad alcuno di essi; s'è tolta in considerazione la condizion del terzo possessore, la sua buona fede rispetto agli oneri derivanti dalla tassa del trasferimento avvenuto nel suo autore. Nella tassa di successione (2), il privilegio non ha effetto a danno dei creditori ipotecarî del defunto i quali abbiano inscritto l'ipoteca nei tre mesi dalla morte di lui, nè a danno dei creditori che hanno esercitato il diritto di separazione. Si potrebbe giustificar la legge, osservando che qui il diritto reale è acquistato prima che il credito derivante dalla tassa sia determinato; ma non è mestieri di argomentare da alcuna relazione tra il termine ricordato, e quello posto come utile per la presentazione della denunzia di successione, necessaria per la liquidazione della tassa. Perchè, se per un lato si può osservare, che la data del trasferimento indica per sè il momento in cui nasce il diritto di credito dell'erario, nè rileva se soltanto più tardi ne venga liquidata l'entità; per l'altra, par certo

---

(1) Il *trasferimento* è il punto in cui col credito dell'erario nasce il privilegio sull'immobile; è perciò agevole risolvere la question del conflitto fra la tassa ed i diritti reali acquistati dai terzi prima o dopo quest'epoca.

(2) Comunque accettata: C. d'A. di Genova, 6 giug. 1890 (*Temi gen.*, 1890, 459).

Digitized by Google

che la concessione fatta ai creditori ipotecarî contenga un favore, non avendo essi curato l'iscrizione dalla quale dipendeva l'acquisto del diritto reale prima del trasferimento. È favore, mosso da sentimento di equità, parve a taluno (1); ma si può spiegare la concessione, qual mezzo d'impedire che i creditori del *de cuius*, cui spetti il diritto di determinare una garanzia reale sul patrimonio (garanzia generale) del loro creditore, abbiano danno da un onere reale costituito dalla legge per la tassa di successione. Per i creditori separatisti (2), il termine utile entro il quale possono chiedere la separazione, giustifica la disposizion della legge; la separazione legalmente fatta, produce sugli immobili gli effetti stessi della ipoteca, e dev'essere pur chiesta nel termine di tre mesi dal giorno dell'aperta successione (3).

§ 7.

Dei privilegî generali sopra gli immobili.

Sommario. — **146.** Carattere eccezionale, ed entità di essi.

146. La nozione del privilegio reale, e l'abbandono fattone dalla legge italiana, giustificano l'esclusione del privilegio generale sugli immobili: sebbene questa figura apparisca ancora accolta in caso e modo al tutto eccezionali. Perchè i privilegî generali mobiliari hanno tal causa, per cui la prelazione si deve estendere all'intero patrimonio: come avvien difatti, sebbene per gli immobili in via soltanto sussidiaria. Così, la legge italiana è tornata in gran parte all'antico e giusto concetto del privilegio; nè la distinzione del patrimonio mobiliare dall'immobiliare, e la figura del privilegio reale indussero a limitare *assolutamente* al valor dei beni mobili certi privilegî, la cui causa deve estendere la sua virtù all'intero patrimonio del de-

(1) Losana, in *Roland.*, 1892, p. 161.

(2) Non per i legatari, cui spetta pure il diritto di domandare la separazione (Cod. civ., a. 2054), perchè nel *trasferimento* cui si riferisce la tassa, entrano in qualità di acquirenti.

(3) Cod. civ., a. 2057. Il beneficio d'inventario impedisce la confusione dei patrimonî, come avviene per la separazione; ma è chiaro che in questo caso non ha luogo l'eccezione or indicata pei creditori, costituendo quel beneficio un vantaggio per il solo erede.

Digitized by Google

bitore, sebbene questa efficacia rispetto ai beni immobili sia stata limitata ai soli crediti chirografarî. Nel quale ordinamento apparisce intera la natura giuridica del privilegio, che per sè non genera diritto reale sulla cosa.

Dalla qual virtù attribuita soltanto in via sussidiaria, s'inferisce, che quando si fosse proceduto all'esecuzione immobiliare prima della mobiliare, il creditore a cui spetti il privilegio descritto, può ottenere di essere collocato nella graduazione in via provvisoria; si calcola in modo approssimativo il valore che si può ricavare dai mobili, la quantità che in seguito al concorso degli altri creditori privilegiati può essergli attribuita, e per il residuo del credito vien collocato con diritto eventuale. Il collocamento è definitivo, dopo effettuata l'esecuzione mobiliare, e accertata l'insufficienza del valore al soddisfacimento del credito: il quale fatto è condizione necessaria per determinare l'efficacia sussidiaria del privilegio, e l'indicazione esatta del valore (1).

§ 8.

Di alcune cause di prelazione non collocate tra i privilegî; di alcuni privilegî che son veramente garanzie reali, e di altri casi in cui la pubblicità non toglie l'entità del privilegio.

SOMMARIO. — **147.** Generalità. Distinzioni. — **148-152.** Cause di prelazione non collocate tra i privilegî; separazione della dote; prelevamento nella comunione; separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; azione degli operai che avessero contrattato a prezzo fatto con l'imprenditore. — **153.** Privilegî che sono veramente garanzie reali; credito agrario. — **154.** Privilegî che per esistere ed essere conservati richieggono la pubblicità; credito agrario.

147. Per compiere l'esposizione dei privilegî ordinati dalla legge civile, e l'indicazione di altri contenuti in molte leggi speciali, è necessaria la indagine di alcuni istituti, dove la prelazione figura come termine essenziale. Ma avanti si faccia l'enumerazione di questi casi, dei quali non si può far qui studio distinto e compiuto, è mestieri di fissare il principio direttivo nella ricerca; le cause di prelazione, di cui si discorrerà, son soltanto quelle, che per il con-

(1) Cod. civ., a. 1963. C. d'A. di Torino, 1 febbr. 1889 (*Foro it.*, 1889, 1, 598).

Digitized by Google

tenuto hanno vera qualità di *privilegio,* o per altro elemento vi si avvicinano; altre, e molte, sono indicate nella legge civile ed in leggi speciali, ma non vi è contenuta la prelazione riferentesi all'istituto giuridico del privilegio, sì bene ad un rapporto reale che assume figura concreta col diritto di ritenzione, o pur nello stesso diritto di proprietà che si presuma non perduto, come avviene dell'azion di rivendicazione consentita in certi casi al venditore di cose mobili rimasto impagato (1). Qui la ricerca è ristretta agli istituti in cui la prelazione ha figura giuridica di *privilegio* in senso proprio; e siccome nelle leggi speciali si può trovarne alcuni designati col nome di privilegio, quando per il contenuto, per il modo di loro nascita e conservazione sono rapporti reali di garanzia: e si può trovarne altri che per questa forma si avvicinano alla garanzia reale, mentre ne sono ben distinti per il contenuto: così la breve esposizione verrà condotta qui, tenendo presente questa ragion di distinguere. Ciò che preme di ricercare e di segnalare, è la presenza del *privilegio* vero.

148. Il quale s'incontra anzitutto nell'istituto della separazion della dote accordata alla donna maritata, ed ai suoi creditori personali quando essa lo consenta (2). A dichiararne il fondamento, e mostrare come in effetto vi sia contenuto un privilegio, non occorre di dover discutere l'entità della dote: o si ritenga sia proprietà della moglie, o si tenga, come par più corretto (3), che i beni onde consta siano proprietà della moglie, e che, durante il matrimonio, la dotalità li investa talmente da costituire il patrimonio speciale della società matrimoniale; si dovrà ad ogni modo riguardare la separazione qual guarentigia conceduta alla donna per l'utilità del coniugio, e sua, avendo essa diritto non sia distratta la dote dallo scopo proprio, e siano i beni conservati a fin di riaverli integri, cessato il vincolo della dotalità. Mediante la separazione, il *patrimonio dotale* è tolto al marito amministratore; e costituisce un *valore,* che per l'entità e la destinazione speciale non si deve confondere col patrimonio del marito, e com'è *patrimonio* pur esso,

(1) Cod. civ., art. 1513; C. di comm., art. 802-804.

(2) Cod. civ., a. 1419, 1421; V. da ultimo CHIRONI, *Istit. di D. civ.*, § 402.

(3) Sull'entità giuridica della dote, v. CHIRONI, *Istit.* cit., § 397; *Quest.* cit., p. 19, 188, 191.

Digitized by Google

il prezzo della cosa vi può esser ben sostituito a questa. I due patrimonî, il dotale e quello proprio del marito son dunque uniti rispetto alla persona di chi li governa, ma l'unione non è confusione di essi; e la legge, provvedendo ai bisogni della società coniugale, ed al diritto della donna, la quale, per via della molta latitudine di amministrazione attribuita al marito, non può difendere la dote e il suo *ius dormiens* sui beni che la compongono contro le malversazioni e gli sperperi, fa interamente salvo il *patrimonio* dotale col rimedio della separazione. Ora, finchè i beni dotali esistono materialmente, s' intende come in questa non sia traccia di privilegio: ma quando la dote è costituita in valore, oppure i beni fossero stati alienati o danneggiati per mala amministrazione, il diritto della donna, e quindi l'oggetto della separazione, è un *credito*. Realizzarlo a fin di salvare l'integrità del patrimonio dotale, e dedurre il valore corrispondente dal patrimonio personale del debitore, anche in concorso di altri creditori, cui è dato il diritto di reclamo (1), è vero privilegio manifestantesi nell'efficacia retroattiva della sentenza (2), nella necessità che i diritti della moglie siano realmente soddisfatti (3); e la ragion di esso, la reintegrazione del patrimonio dotale per i due fini suaccennati, fa che la legge ne estenda la virtù non soltanto contro i creditori chirografarî, ma contro gli altri privilegiati ed ipotecari, dai quali fosse inscritta l'ipoteca posteriormente al matrimonio. S'intende a separare un *patrimonio*, sul quale il marito non aveva altri diritti all'infuori di quelli concedutigli dalla legge, un valore che si reputa non contenuto nel patrimonio suo particolare (4);

(1) Cod. civ., a. 1420.

(2) Cod. civ., a. 1419.

(3) Cod. civ., a. 1422.

(4) Perciò la sentenza convalidante un pignoramento presso terzi a favor di un creditore del marito, non ha valore contro l' effetto retroattivo della separazione (Cass. Napoli, 1 dic. 1888, in *Gazz. del procur.*, XXII, 428); per essa, i creditori del marito non possono agire esecutivamente sui beni di lui, prima che la moglie consegua il soddisfacimento delle sue ragioni dotali (V. CHIRONI, l. cit.; Cass. di Roma, 16 luglio 1889, in *Foro it.*, 1889, 1, 843).

S'intende (e qui, posto il concetto del privilegio, varrebbe il divieto di estenderlo oltre quanto vuol la legge), che la separazione si riferisce alla dote; stipulati i lucri nuziali, questi non entrano, per natura loro, fra quei *diritti della moglie* che per la separazione debbono essere *realmente* soddisfatti (Cod. civ., a. 1419), e si può farli valere contro l' azione dei creditori ipotecari, quando fossero garantiti mediante ipoteca di data anteriore (Cons. App. Trani, 19 genn. 1889 in *Riv. giur. di Trani*, 1889, 666).

Digitized by Google

e tanto effetto già avvertito rispetto all' imposta fondiaria, non contraddice all'entità giuridica del privilegio.

149. La medesima ragion di decidere dinota pur l'esistenza del privilegio nel prelevamento ordinato a favor della moglie o degli eredi, a fin di separare il valore delle cose mobili non cadute nella comunione degli utili (1), e non esistenti più in natura al tempo della divisione. I beni componenti la comunione, costituiscono un patrimonio distinto da quello personale dei coniugi; patrimonio che, per la continua possibilità dell'impiego degli utili, consente larghi poteri al marito, il quale ne tien da solo l' amministrazione (2). I termini di cui si compone la sostanza di esso, sono designati dalla legge, nè le parti vi possono derogare: perciò, distinto com'è dal patrimonio particolare dei due coniugi', se nel tempo della divisione non fosse possibile il ricupero in natura di cose mobili non comprese nella comunione, la moglie e gli eredi hanno il diritto or avvertito rispetto ai creditori della comunione, ed ai creditori personali del marito: contro quelli, perchè loro garanzia è il patrimonio vero della comunione: contro questi, perchè il patrimonio della comunione non spetta al marito cui è deferito soltanto il potere di amministrazione, e perciò hanno diritto sulla parte che per la divisione sarà dichiarato appartenergli. Prima di dividere si appura la massa dividenda, e per questo appuramento si determina quali cose mobili e quali valori legalmente non vi debbano essere compresi, per essere di spettanza propria della moglie: e si effettua la deduzione in natura, oppure mediante valore corrispondente, perchè ai creditori della comunione è garanzia il patrimonio cui effettivamente si riferisce: s' intende, che ad impedire sian tratti in errore od inganno sulla vera entità di esso, il prelevamento è soggetto a misure ordinate a scopo di tutelare la buona fede dei terzi contraenti col marito in qualità d'amministratore della comunione (3). L'entità del diritto conceduto per tale oggetto alla donna ed agli eredi, frena giustamente la latitudine dei poteri dati al marito; nè questi può averne di uguali, perchè l'amministrazione è tutta a lui (4).

---

(1) Cod. civ., a. 1445.
(2) Cod. civ., a. 1438.
(3) Cod. civ., a. 1437.
(4) Cod. civ., a. 1445.

Digitized by Google

150. Considerazioni speciali giustificano poi la causa di prelazione contenuta nel pagamento dei debiti ereditarî, ed il conseguente prelevamento tra i coeredi (1): i quali con questo processo sono soddisfatti del loro credito, e preferiti così ai creditori personali dell'erede debitore. Qui l'operazione del prelevamento non è mezzo diretto a determinare il patrimonio sul quale, per essere proprio del debitore, i creditori possono esercitare la garanzia vera, o quella in genere; costituisce un pagamento fatto con privilegio ai coeredi condividenti, ponendosi nella porzione del coerede debitore il debito suo verso la eredità, come valore riferentesi a questa, e da lui già toccato. La ragion della prelazione dev'essere dedotta da altra fonte: dal principio cui s'informa la divisione, e dal carattere proprio dell'atto speciale (2), in cui è ordinata: si può affermare, ch'essa è conseguenza di questi due termini, e in pari tempo è garanzia del primo, che informa di sè tutte le operazioni della divisione, ed i rapporti che ne derivano (3). Il principio cui s'intende, è la uguaglianza dei concorrenti, perchè il loro diritto a concorrere, astrattamente tolto, è uguale è di pari natura giuridica presso ognuno di essi; determinati i beni da dividere, se uno dei condividenti ha presso di sè qualche valore, che per ragion di debito deve rendere alla eredità, gli è attribuito nella porzione, e agli altri è data maggior copia di altri beni in proporzione del rispettivo diritto di credito contro il coerede. Il quale col valore che dovrebbe rendere ha già parte della eredità, e se nella divisione si tenesse conto del debito, sol per affermare in pro degli altri coeredi quella parte di credito che in via astratta è già determinata dalla legge, i creditori coeredi concorrerebbero con gli altri creditori del coerede debitore: e ne avrebbe offesa il criterio della uguaglianza, perchè il coerede debitore avrebbe della eredità più di quanto non dovrebbe, e gli altri meno. Alla quale ingiustizia si ovvia, concedendo al coerede debitore di tener presso di sè, in quella parte non estinta per confusione, il valore che dovrebbe restituire alla massa ereditaria, al che nella parte degli altri corrisponde maggior copia dei beni: e, per il carattere dichiarativo dell'atto di divisione, presumendosi non abbia egli avuto mai diritto alcuno sui beni caduti nelle altre parti,

(1) Cod. civ., a. 991, 992. V. da ultimo CHIRONI, *Istit. di D. c.*, § 452.
(2) Cod. civ., a. 1034.
(3) CHIRONI, op. cit., § 451.

Digitized by Google

i suoi creditori non vi possono far valere niun diritto di garanzia, nè reale, nè comune. S'intende, che il coerede debitore, o pure i creditori interessati, possono evitare il prelevamento, riponendo nella massa dividenda il valor dovuto (1).

151. Nè altra entità dal privilegio ha la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, conceduta ai creditori ereditari ed ai legatari (2). Se ben si osserva, nel diritto romano, in conseguenza dell'efficacia retroattiva riconosciuta all'*aditio*, e nell'odierno, per il nuovo principio del passaggio *ope legis* della qualità ereditaria (3), la massa dei beni ereditari rimane confusa nel patrimonio proprio dell'erede, in modo che i creditori ereditari dovrebbero aver su di esso la ragion di garanzia comune ai creditori personali, e questi dovrebbero concorrere insieme a quelli sui beni acquistati al debitore per titolo di eredità. La qual conseguenza, strettamente derivata ai principî, è parsa assai rigorosa, e nocevole al sommo, ai creditori ereditari, ed ai legatari: ai quali fu conceduto il diritto di domandare la separazione dal patrimonio dell'erede di quel patrimonio cui si riferisce la loro ragion di credito: e di rimaner così vincitori nel concorso dei creditori personali dell'erede. A questi è negato il diritto di chiedere la separazione, sebbene per aggiungersi al loro numero i creditori ereditari, e per la pochezza dei beni della eredità, e la temuta insufficienza di quelli dell'erede, corrano pericolo di danno: e la ragion del diverso ordinamento, dà modo di conoscere il motivo e fondamento vero della separazione. Parve misura di equità, e difatti lo è, se s'intende senz'altro all'effetto della confusione: onde la giustizia del lasciare intatta ai creditori

---

(1) Cod. civ., a. 992 cit.

(2) Cod. c., a. 2054 e segg. V. da ultimo su questo istituto, CHIRONI, *Ist. di D. c.*, § 248, e *Quest. di D. c.*, p. 344 (sulla sent. della Cass. di Torino, 26 giugno 1886, in *Foro it.*, 1886, 1, 1166); e *Riv. di Giur. ital.*, 1890, fasc. VI, p. 2, §§ 2-4 in f. (sulla sent. della C. di Catania, 22 ott. 1888 in *Foro it.*, 1889, 1, 166).

(3) L. I, § 1 D. *De separation.* (XLII, 6): «.... *est igitur* equissimum *creditores Seii desiderantes separationem audiri*....». Equità questa, che per la limitazione recata al concetto della confusione dei patrimoni, fu tenuta dagli autori di diritto comune, qual fonte del privilegio contenuto nella separazione: DE LUCA, op. cit., *de cred.*, disc. 5, n. 19; 27, n. 2; 39, n. 5; SALGAD, op. cit., p. I, cap. 9, c. 5, 6; MERLIN, op. cit., IV, q. 14, n. 4; e q. 35; ZANCH., op. cit., ex. VI, § 4, nn. 16 e segg.

Digitized by Google

ereditari ed ai legatari quella garanzia cui intendevano, e ch' è particolare di essi, siccome costituita dal patrimonio del debitore: e la giustizia del divieto fatto ai creditori personali dell'erede, per la possibilità che ha il debitore di assottigliare la garanzia (in genere) fornita ai creditori del patrimonio, vendendo o donando, od aumentando la quantità dei debiti (1). E l'equità ben s'accorda alla logica dei principî, perchè la confusione dei due patrimonî non crea la confusione delle due personalità giuridiche concorrenti in chi è chiamato erede: qualità che nel chiamato rimane distinta, facendolo soggetto di rapporti non creati da lui: l'*eredità* è patrimonio che all'apertura della successione si presenta come unità giuridica determinata, qual complesso cioè di rapporti inducenti attività o passività, e in questo stato ben s' intende la relazione di garanzia tra i creditori ed i beni, i quali si riducono in effetto a quel che rimane dopo la deduzione del valore rispondente alle passività. La separazione è conseguenza dell'esser considerata la eredità qual patrimonio distinto, qual complesso specializzato di rapporti giuridici, quale *universitas iuris:* tale è nel diritto odierno rispetto all'azion di petizione, tale nell'azione possessoria di manutenzione, e nella cession dei diritti (2): ed in questo carattere è la ragion di alcune legislazioni, che ammettendo la possibilità di donare una parte del patrimonio, od il patrimonio intero, comprendono nella trasmissione una parte o tutti i debiti dell'alienante, onde i creditori hanno azione contro l'acquirente (non *ultra vires*): sebbene conservino l'azione contro il debitore alienante, il quale, per il solo fatto suo, non può liberarsi dalla obbligazione (3).

La qual considerazione, mentre giustifica l'istituto della separazione dei beni, mostra che giuridicamente non si può concederla ai creditori personali dell'erede: con l'accettazione dell'eredità, e dei debiti ond'è onerata, l'erede non fa un atto che stacchi da sè, e, separandolo, specializzi il patrimonio suo; non è rotta la relazione generale esistente tra l'insieme dei rapporti e la persona cui si connettono come espressione di sua attività giuridica; quindi la impos-

---

(1) L. I cit., § 2: « .... *nam licet aliqui adiiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem* .... ».

(2) Arg. Cod. civ., a. 933, 926; 1545.

(3) V. da ultimo il prog. del Cod. civ. germ., §§ 488-498; i *Motivi* su questi §§; e BAEHR, *Beurtheil d. Entw.*, p. 71 e segg.

Digitized by Google

sibilità avvertita, di estendere il benefizio della separazione ai creditori personali dell'erede. Vero è, che la separazione rispetto agli immobili ha forma estrinseca ed intrinseca pari all'ipoteca, e giustamente (1); per la separazione viene specializzata la funzione della garanzia prestata genericamente dal patrimonio del debitore, così da diventar garanzia propria; sui mobili poi, la separazione produce gli effetti del privilegio generale. Con queste due forme, assume apparenza concreta la prelazione derivante dal rapporto esistente tra i creditori ereditari o i legatari e l'eredità; e dalla nozione giuridica del patrimonio ereditario, e della qualità di erede. Che se, considerato il rapporto patrimoniale (garanzia generale) dei creditori del defunto verso dell'asse ereditario, la separazione induce, come con privilegio, la cessazione degli effetti della confusione, contro i creditori dell'erede; dove si pensi, che la separazione cessa quando i creditori ereditari abbiano inteso di seguire la fede personale dell'erede (2), e questa loro volontà può bene indursi dal non aver chiesto la separazione, la quale perciò giova soltanto ai creditori ereditari che l'abbiano chiesta (3), s'intende, che per la separazione esiste una prelazione a favore di quei creditori ereditari che l'hanno domandata (4). Il fondamento dell'istituto è identico: la separazione toglie la virtù della confusione; ora, i creditori ereditari che non se ne valgono, diventano perciò creditori personali dell'erede, ed è contraddizione, dire che cessi per loro la confusione, se questa si è già resa efficace. Nè rileva, che la legge dica non essere alterata l'originaria condizione giuridica dei creditori ereditari; la riserva s'intende fatta rispetto ai creditori separatisti, nè si può non riferire questa parte

---

(1) Perciò, ben s'opporrebbe la separazione, a qual creditore ereditario che senza averla domandata, inscrivesse dopo i tre mesi dall'apertura della successione, l'ipoteca consentitagli.

(2) Cod. civ., a. 2056.

(3) Cod. civ., a. 2063.

(4) Sulla risoluzione posta nel testo cfr. Cass. Roma, 4 sett. 1889 (*Foro it.*, 1890, 1, 64); App. Genova, 14 giugno 1890 (*Temi genov.*, 1890, 431); App. Venezia, 31 luglio 1890 (*Temi ven.*, 1890, 511), 9 luglio 1891 (*Temi ven.*, 1891, 578); Trib. Bologna, 8 maggio 1890 (*Pratica leg.*, V, 66); App. Casale, 7 luglio 1891 (*Giur. Casal.*, 1891, 280). Queste decisioni non rispondono alla ragion dell'istituto, dedotta dalla sua storia e dal suo scopo; v. Cass. Palermo, 14 genn. 1890 (*Legge*, 1890, 1, 737); 11 febbr. 1890 (*Foro it.*, 1891, 1, 306); Trib. Potenza, 27 giugno 1891 (*Gazz. Proc.*, XXIV, 381). Cons. Chironi, l. ult., e in *Riv. di giur. it.*, 1891, f. VI, p. 2; cfr. Sansonetti, 393 e segg. in *Foro it.*, 1890, 1, 64 in n.

Digitized by Google

della disposizione a quella che immediatamente precede, e per cui è limitata la virtù della separazione a quei tra i creditori ereditari che l'hanno chiesta. Nella disposizione questi due membri sono uniti; nè senza far violenza alla lettera della legge ed alla ragion dell'istituto, si può separarli.

152. Di maggior difficoltà è l'indagine sul contenuto vero del diritto consentito agli artefici impiegati nella costruzione d'un edifizio o di altra opera data in appalto, di agire contro il committente dei lavori, nella misura del suo debito verso l'imprenditore, secondo la consistenza che ha nel tempo in cui muovono l'azione (1). La questione si riferisce al contratto di locazion d'opera, stretto tra l'imprenditore dei lavori e gli artefici: la legge ha inteso a determinare i rapporti che a motivo di questo contratto possono esistere tra gli artefici ed il committente; e per dichiararne il vero significato, è necessario esporre quali siano questi rapporti possibili, e saggiarli per inferirne a quale s'è voluto attendere.

La prima figura è quella del rapporto tra il creditore e il debitore del proprio debitore, ch'egli ha diritto di convocare in giudizio, esercitando una ragion patrimoniale del debitore, perchè il patrimonio è comune garanzia ai creditori: il committente può essere in debito verso l'imprenditore, e gli artefici i quali avessero contrattato con quest'ultimo, possono agire contro il committente, debitore del loro debitore, in proporzione dell'ammontare del suo debito nel tempo in cui agiscono. La spiegazione della legge pare letteralmente corretta: ma a qual prò questa dichiarazione legislativa, se il diritto cui accennerebbe è già conceduto in via generale, nelle regole sugli effetti dell'obbligazione? Si presume, ed è canone d'interpretazione, che nella legge non esistano disposizioni inutili; e questa sarebbe inutile affatto.

Si può saggiare un'altra interpretazione, dedotta dal concetto di *rappresentanza* in senso lato, per includervi la condizione di chi opera a fin di rendere ad altri un servizio dovuto: quasi reputando, faccia direttamente chiunque per fare una cosa si serva dell'opera di altri (2). Posto ciò, potrebbe parere, che la legge abbia inteso di

---

(1) Cod. civ., a. 1949, 1234.

(2) Cons. CHIRONI, *Istit. di D. c.*, § 339.

Digitized by Google

limitare qui gli effetti della rappresentanza, perchè l'imprenditore, secondo la nozione esposta, dovrebb'essere considerato quale rappresentante del committente: e costruire affermando, che questa rappresentanza, perchè inerente al contratto di locazion d'opera tra l'imprenditore ed il committente, si deve restringere al valore stabilito in esso, nè gli artefici possono agire contro il committente, se non su quanto fosse dovuto al momento dell'azione: le somme consegnate all'imprenditore vennero ben pagate dal committente, il quale non poteva rifiutarvisi: che sapeva egli di persone con le quali l'imprenditore avesse contrattato, o verso le quali fosse in debito?

Questa interpretazione non regge: posto il concetto di rappresentanza, fa difficoltà il limite di cui si discorre, e d'altra parte, la costruzione non avrebbe più base, supposto che gli artefici, come ne avrebbero il diritto, facessero conoscere al committente di aver contrattato con l'imprenditore. Ma vi è un'altra obbiezione, tratta dalla stessa nozione della rappresentanza così intesa (1): pur non discutendo dei casi in cui per la figura prevalente di vendita, mal può essere invocata nei contratti a cottimo, la rappresentanza in genere, non può dar nascita, come avviene della vera, a rapporti contrattuali tra chi avesse contrattato col rappresentante, ed il rappresentato: il vincolo esiste soltanto nei rapporti extracontrattuali; la rappresentanza fondata sulla *utilità*, è altra da quella che contrattualmente ha fondamento nella volontà (2). Argomentando da questo concetto, si può tentare un'altra costruzione: fissato il principio, che dalla rappresentanza in genere non possono derivare rapporti contrattuali tra chi ha contrattato col rappresentante ed il rappresentato, la disposizione legislativa qui studiata, avrebbe figura di eccezione, perchè il credito dell'artefice si riferisce ai lavori fatti nell'interesse (se non per conto) del committente, ed il credito dell'imprenditore rappresenta il prezzo di essi: se il prezzo dei lavori è dunque l'oggetto dei due rapporti di credito, e se alla costruzione, all'opera che ne è derivata, ha direttamente contribuito l'artefice, l'equità consente sia egli posto in rapporto diretto col committente per aver soddisfacimento del suo credito; ma limitatamente alla somma ancor dovuta all'imprenditore nel tempo dell'azione, perchè non avendo il committente contrattato con l'artefice, i pa-

(1) Chironi, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 1892, f. 2-3, p. 2, p. 345, e segg.
(2) Chironi, *Istit. di D. civ.*, § 74; v. Aut. ivi citati.

Digitized by Google

gamenti fatti all'imprenditore sono seguiti validamente. Costruendo così, ne verrebbe limitata non la *rappresentanza*, sibbene la regola sull'inesistenza di essa; e riferendone l'esistenza ristretta, alla somma ancor dovuta dal committente, s'intende che questa spetta all'artefice, e che gli altri creditori personali dell'imprenditore non vi possono concorrere, perchè il valore, nella misura or descritta, si reputa dell'imprenditore nella qualità ch'egli ha verso gli artefici impiegati.

Quando si accettasse questa costruzione, la prelazione non deriverebbe da privilegio vero, ma da altro rapporto, che è la rappresentanza limitata; ugual risultato si può ottenere, costruendo sul concetto di privilegio proprio, e la storia della legge dà tali elementi, per cui si può tenere sia la costruzione più esatta quella che considera il credito dell'imprenditore verso il committente qual parte del suo patrimonio, ma soggetto al privilegio degli artefici che avessero crediti derivanti dal contratto di locazione di opera im-impiegata nella costruzione cui il credito si riferisce. La ragion del privilegio, il favore cioè della legge verso la causa del credito, sta nel concorso degli artefici alla costruzione: senza l'opera loro, l'imprenditore non avrebbe diritto al prezzo convenuto col committente: si può anche dire, che il prezzo rappresenta il valor dei lavori eseguiti dagli artefici che hanno contrattato con l'imprenditore, ed in essi consista la causa del suo credito. Questa considerazione, determinò nel diritto francese un privilegio a favor di chi, per contratto stipulato direttamente col proprietario, avesse locato l'opera sua (come architetto od operaio) per la costruzione o riparazione di un edifizio; privilegio reale che colpisce l'immobile, o la parte del prezzo corrispondente al maggior valore ottenuto in conseguenza dei lavori di conservazione, o di miglioria (1). La stessa ragion di equità, onde era giustificata questa prelazione, esisteva pure nel caso di artefici che avessero concorso con l'opera loro alla costruzione o riparazione dell'edifizio, ma in virtù di contratto stipulato direttamente

(1) Cod. civ. fr., a. 2103, n. 4. Su quest'art., e sulla necessità di restringere il privilegio nei termini espressamente posti dal legislatore, cons. AUBRY et RAU, op. cit., § 263, 4°; PERSIL, op. cit., s. l'art. 2103, 4°; TROPLONG, op. cit., I, 241 e seg.; PONT, op. cit., I, 209 e segg. V. quanto alla somma mutuata per la conservazione o la miglioria recata al fondo, BASNAGE, op. cit., 64; e sul privilegio degli architetti e dei costruttori. DOMAT, op. cit., III, tit. 1, § 5, n. 9.

Digitized by Google

con l'imprenditore: ed il concorso di essi appariva pur meritevole del medesimo favore conceduto a quelli che avessero contrattato col proprietario: senonchè, la presenza di una persona intermedia, direttamente creditrice del committente, doveva modificare l'ordinamento del privilegio. Concedere all'artefice azione contro il committente per il titolo di locazion d'opera, non pareva corretto, perchè il contratto era avvenuto con l'imprenditore, ed il committente vi era estraneo: onde l'impossibilità di dargli il privilegio sull'edifizio; ma nel caso che il committente dovesse ancora il prezzo fissato, o parte di esso all'imprenditore, siccome il prezzo è il valore dei lavori di costruzione o riparazione, e l'artefice vi ha contribuito, si avvertì la possibilità di favorirlo ordinando il privilegio sul valore che certamente si riferisce ai lavori. Non privilegio sull'immobile, ma privilegio sul prezzo; non azione diretta contro il committente (come s'avrebbe con la teoria della rappresentanza), ma contro l'imprenditore, e quindi la restrizion della prelazione a quella parte di prezzo ancor dovuto dal committente nel tempo dell'istituita azione. L'artefice cioè, esercita, come ogni altro creditore, il diritto patrimoniale contenuto nel patrimonio del suo debitore che è l'imprenditore dei lavori, ma per il concorso suo a costituire questo diritto, ha privilegio sull'oggetto di esso, determinato, specializzato dalla quantità del prezzo ancor dovuto dal committente: la parte del prezzo già pagata è confusa nel patrimonio dell'imprenditore, e non ha più quell'apparenza determinata, concreta, necessaria per il privilegio speciale.

Da questa relazione tra i due privilegi, ossia tra i due modi coi quali si esplica la stessa causa di prelazione, s'inferisce come nella disposizione esaminata si abbia un vero privilegio: sebbene la legge italiana abbia conservato sol questo, togliendo dal novero dei privilegi immobiliari quello conceduto agli architetti, all'imprenditore, ed agli operai. Soppressione e conservazione, non certamente logiche rispetto all'applicazione del criterio di equità, dominante in modo eguale nei due privilegi; ma ciò non toglie che la disposizione conservata contenga una vera prelazione (1).

---

(1) Cons. Chironi, in *Riv. giur. it.*, cit. in n. 1 a pag. 326. Cfr. Fadda, in *Foro it.*, 1890, 1, 401 (e *Ann. crit. di giur.*, 1890, 529); e Scialoia, in *Foro it.*, 1890, 1, 543, che costruisce deducendo una generale ragion di privilegio dal rapporto tra il credito di una persona e la prestazione di un'altra che per tal fatto abbia reso esi-

Digitized by Google

153. Se ben si osserva, in tutti i casi qui studiati s'avverte la presenza del privilegio proprio: e si può anche avvertirla in altri, dove si manifesta con la forma della separazion del valore, in quella parte rispondente a miglioramenti dati al fondo, come avviene nel diritto del terzo possessore dell'immobile ipotecato, e nel caso di chi abbia edificato o piantato in suolo appartenente ad altri. Non rileva ora l'importanza della causa che ha potuto spingere il legislatore a conceder la prelazione; il fatto è, che per conseguire questi fini, la legge s'è valsa, come mezzo, dell'istituto del privilegio. Il quale si desume dal contenuto della disposizione, sebbene non ne sia sia detto il nome; e talvolta avviene il contrario: che cioè, si legga il nome di privilegio, ma il contenuto mostri che l'istituto è ben altro. Così nel privilegio immobiliare per il credito delle tasse indirette, dove come s'è avvertito s'incontra la figura del privilegio, sebbene il carattere dell'istituto apparisca tratto anche dal concetto di onere reale; così nella legge speciale del credito agrario, si nota del privilegio a favor degli istituti che lo esercitano in modo da dargli prevalenza non soltanto rispetto ai creditori chirografari, parificato com'è al privilegio del locatore (1), ma anche agli ipotecari, che avessero inscritto il loro titolo posteriormente all'iscrizione del privilegio dell'istituto, seguita come vuol la legge (2). Vero è, che la figura del privilegio reale esiste nella legge francese, ed esisteva in alcune tra le leggi civili in vigore prima dell'attuale, ma il privilegio reale come vi era inteso, non corrisponde alla nozione esatta del privilegio, escludente la figura di onere reale sulla cosa.

154. Il criterio esposto, pel quale si applica alla materia del privilegio, il criterio generale d'interpretazione che desume l'entità dell'istituto dalle norme onde ha legge, non dal solo nome adoperato a designarlo, insegna che il solo fatto di estendere al privilegio alcune delle forme proprie dell'ipoteca, non basta a cangiarne il

---

gibile quel credito; onde il privilegio giustificato dalla causa per cui quel dato valore è entrato nel patrimonio del debitore. Costruzione tentata già e non accolta per il criterio indiscusso d'interpretazione in materia di privilegi. V. CHIRONI, loc. cit. *Colpa extra-contr.*, II, n. 483 e segg.; cfr. LABBÉ in *R. crit. de lég.*, 1876, p. 571; e *J. du Pal.*, 1885, 1, p. 1011.

(1) L. 23 gennaio 1887, n. 4276 (s. 3ª).

(2) L. cit., a. 3, al. ult., art. 8.

Digitized by Google

carattere giuridico, se i termini essenziali rimangono invariati. Così per la priorità del privilegio conceduto, secondo s'è detto, al credito agrario su quello consentito al locatore, è richiesta la *pubblicità:* elemento che da solo non può recare modificazione all' entità del privilegio, non derivandone un rapporto reale sulla cosa.

CAPITOLO VI.

Teoria generale del privilegio.

GENERALITÀ.

SOMMARIO. — **155.** Ragione e limiti di questa esposizione. Partizione.

155. Le indagini fatte sulla natura giuridica del privilegio dichiarano i termini per i quali l'istituto è costituito: ma di qualche questione sull' origine di esso non si tenne parola pensatamente, a fin di esaminarla con criterio più sicuro in seguito allo studio particolare sulle figure speciali in cui si manifesta. Ora, ricordata appena qual sia l' origine dell' istituto, si esporrà la regola che deve presiedere nell'interpretazione della legge che gli dà vita; altre difficoltà ed altri caratteri che il privilegio ha, verranno dichiarati esponendo come si debba esercitare, e specialmente come si esercitino i privilegi particolari esposti; finalmente, si porranno i principi generali sui modi con cui s'estinguono.

§ 1.

La nascita del privilegio.

SOMMARIO. — **156.** Origine sua. Norma d'interpretazione della legge che lo introduce. Questioni.

156. La legge sola dà, e può dar nascita al privilegio: di qui la regola, che non può esistere privilegio senza una legge che l'ordini espressamente (1). Ma da questo, al dire che il privilegio è, quando

(1) La volontà delle parti non può crearlo. C. Torino, 11 lug. 1890 (*Legge*, 1890, II, 480).

Digitized by Google

la legge ne dispone con termini appositi, ed ha l'ampiezza consentita soltanto dalle parole adoperate, corre assai; perchè tanto varrebbe dichiarare la interpretazione grammaticale come unico fonte di dichiarazion della legge. Certo, l'importanza dell'istituto, e la gravità delle conseguenze vogliono che nel dichiararla si proceda con molta cautela; pure, ciò non toglie che quanto di ristretto o di ampio apparisca dalla sola lettera della legge, non debba essere esteso oppure limitato con la indagine fatta sulla ragion di essa, dedotta dal fine cui il legislatore ha inteso. Perciò, non è concesso all'interprete d'introdurre un privilegio cui la legge non abbia accennato, costruendo sui lavori preparatorî; ma se il privilegio è ordinato, l'entità dev'esserne fissata secondo le regole generali della interpretazione(1). Di qui si scorge qual errore s'avrebbe se argo-

(1) Questa la regola: certo, dicendo che il privilegio non può essere esteso oltre quanto è volontà del legislatore, non s'intende escludere ogni possibilità d'interpretazione, la quale, secondo i principî generali, può restringere il privilegio a più breve termine di quel che non appaia per la lettera della legge, ed estenderlo al di là di quanto questa sembri consentire. Cosicchè, il privilegio deve esistere secondo che la dichiarazione della legge lo mostri contenuto in questa; ma l'interprete non può creare nuove cause di prelazione, sebbene giustificate dall'identico principio onde ha fondamento una causa espressa nella legge.

Ciò posto, non è dubbio che il credito di un mandatario nominato dal debitore a fin di liquidare i suoi affari, non abbia privilegio, sebbene si possa argomentare per la risoluzione contraria dal concetto determinante la prelazione per le spese di giustizia (v. C. d'app. di Lione, 1 apr. 1881, in *J. du Pal.*, 1882, 890, e le conclusioni del proc. gen. BAUDOIN); si può chiedere se non abbia l'azione *de in r. versio*, com'è oggi concepita, avverso i creditori, ma pur ammettendo ciò, il rapporto ch'esisterebbe direttamente coi creditori, esclude il privilegio. E si è dubitato, se l'interpretazione della legge concedente il privilegio per le spese di giustizia, consenta il privilegio al liquidatore nominato dal magistrato (così ROUSSEAU, *D. sociétés comm.*, Paris, 1878, 1, 698; PONT, *Des sociétés civ. et comm.*, Par., 1884-85, II, 1935 e segg.), essendo egli mandatario del debitore non dei creditori; ma la ragion della legge persuade del contrario (cons. LAURENT, op. cit., XXIX, 458 e segg.; App. Rouen, 1 apr. 1881, in *J. du Pal.*, 1882, 815).

Parimenti, è certo che la somma versata dal conduttore di un fondo al locatore a titolo di cauzione, non si può ripetere con privilegio, quando avvenga l'espropriazione del fondo (cons. App. di Milano, 27 genn. 1893 in *Monit. dei Trib.*, 1893, 231); anche se il fatto giuridico avesse figura di pegno (e del pegno della moneta si dirà più avanti), nella specie, per il modo col quale la questione è posta (privilegio sul prezzo avuto dall'espropriazione) questa figura non può essere richiamata. Altra cosa è ricercare se in tal fatto, secondo i termini della convenzione non s'abbia il pagamento anticipato, validamente seguito in modo da essere opponibile; e se tal cauzione nel caso consista nel deposito di al-

Digitized by Google

mentando da qualche privilegio speciale, si volesse porre il principio che il credito è privilegiato, sempre quando in virtù di esso sia introdotta ed esista nel patrimonio del debitore una cosa, che, come tutti gli altri beni, è garanzia comune dei creditori. La legge in molti casi s'è fondata su questo criterio, per inferirne la ragion del privilegio, parendo assai equo che col valore della cosa si debba soddisfar prima quel credito senza il quale non sarebbe entrata o non si sarebbe conservata nel patrimonio, nè quindi gli altri crediti avrebbero potuto trarne utile; ma il rapporto di causalità dev'essere inteso nei termini precisi in cui è posto dalla legge, perchè altrimenti si allargherebbe il privilegio al di là di quanto ha voluto. Se tale estensione fosse permessa, si dovrebbe consentire il privilegio a chi ha fatto spese per la conservazione di un immobile (1), a chi mutuò i denari per acquistare una cosa mobile od immobile, o per comperare le sementi, od i concimi necessarî al fondo, o per pagare l'opera prestata dai domestici, o da chi lavorò per la semina, o la raccolta dei frutti. Invece, qui non si ha privilegio: il rapporto di causalità tra il credito e la cosa dev'esistere immediatamente tra il creditore e il debitore, ed ha valore secondo l'estimazione sovrana che spetta alla legge in materia di privilegio.

Nè più esatta è un'altra teoria, che si potrebbe parimenti dedurre, se qui fosse permesso di ascendere a principî generali, da qualche disposizione speciale della legge; il privilegio cioè sulla malleveria data da un pubblico uffiziale a favor del credito spettante a chi ne avesse avuto ingiuria. Si è insegnato, che nel caso di assicurazione contrattata per l'indennità che l'assicurato dovesse pagare qualora fosse avvenuto un determinato fatto recante offesa ad altri, e

---

cune rate mensili del fitto, non costituisca un elemento essenziale del contratto (Cons. Cass. di Roma, 31 dicembre 1892, in *Foro it.*, 1893, 1, 58; e sugli elementi essenziali di un contratto, v. CHIRONI, in *Riv. giur. ital.* cit.: ma cfr. MAURIZI, in *Foro it.*, cit.).

Il concetto esposto significa, che le parti non possono costituire un privilegio (v. C. d'A. di Lione cit.; e n. 1 a p. 330); fatta eccezione, per la facoltà consentita dalla legge, agli istituti di credito agrario, che pei mutui ipotecari possono stipulare il privilegio sul maggior valore acquistato al fondo (L. cit., a. 22).

(1) La compagnia di assicurazione può pretendere a privilegio a causa di conservazion della cosa? Non pare; l'assicurazione tende ad evitare un danno patrimoniale possibile, e i termini della legge escludono l'estensione del privilegio a tale ipotesi. App. Casale, 14 genn. 1888 (*Foro it.*, 1888, 1, 291); Trib. Cambray, 30 mag. 1884 (*J. du P.*, 1887, 1, 107).

Digitized by Google

del quale fosse responsabile, il danneggiato ha privilegio sul credito contro l'assicuratore. Qui l'assicurazione non è malleveria; pure, siccome l'assicurato si vuol cautelare contro il pericolo di una possibile diminuzione di patrimonio, e la somma gli è data appunto a fin di riparare il danno prodotto dalla ingiuria, così si potrebbe desumere dal privilegio accennato qualche considerazione a sostegno della costruzione proposta. E si potrebbe anche argomentare dal nesso ch'esiste tra i due crediti, il credito del danneggiato, e quello dell'assicurato: non è, come avviene nell'ipotesi esaminata precedentemente, che il primo determini l'esistenza dell'altro, perchè i due rapporti son distinti, e l'assicurazione esiste per sè, ancor prima dell'avvenimento dannoso: il rapporto che ne deriva è già nel patrimonio dell'assicurato, e l'avveramento di quel fatto che nella costituzione dell'assicurazione è considerato come possibile, determina l'esercizio del diritto di credito contro l'assicuratore. Il nesso è dunque meno forte di quanto sembri (1), e si riduce soltanto a questo: che il fatto ingiurioso ha determinato l'esistenza del credito del danneggiato, e l'esercizio del credito contro l'assicuratore; e per dargli maggior virtù, è necessario avvertire all'intendimento dell'assicurato, il quale con l'assicurazione ha inteso di provvedere alle conseguenze del danno temuto possibile, talchè senza questo avvenimento il capitale assicurato non sarebbe entrato nel suo patrimonio. Ma neppur così il nesso basta a spiegare il privilegio, perchè con l'assicurazione l'assicurato vuol riparare il patrimonio della diminuzione sofferta in seguito all'obbligazione di risarcire (2).

La critica di queste costruzioni dichiara sufficientemente il criterio esposto sull'interpretazione della legge in materia di privilegio. E s'avverta da ultimo, che la legge può limitare l'estensione del privilegio in relazione alla *cosa* sulla quale dev'essere esercitato (3).

---

(1) Chironi, *Colpa extra-contr.*, loc. cit.

(2) Chironi, loc. cit.

(3) Può limitarlo la volontà delle parti? Non par dubbio l'affermare; perchè se le parti possono rinunciare al privilegio, ben possono restringerlo.

Digitized by Google

§ 2.

Esercizio del privilegio.

SOMMARIO. — **157**. Concorso dei creditori privilegiati: da che si desume il grado del privilegio. Principio generale. — **158**. Applicazioni. Concorso di creditori con privilegio generale sui mobili. — **159**. Concorso di creditori con privilegio generale sui mobili e di creditori con privilegio speciale. — **160-161**. Concorso di creditori con privilegio mobiliare speciale sulle stesse cose. — **162**. Concorso di creditori pignoratizî e di creditori che hanno un privilegio mobiliare, generale o speciale. — **163-164**. Concorso di creditorii ipotecarî e di creditori che hanno un privilegio mobiliare speciale; o un privilegio immobiliare. — **165**. Concorso di creditori con privilegio immobiliare e di creditori con privilegio mobiliare, generale o speciale. — **166-167**. Mutazioni avvenute nella *cosa* soggetta al privilegio: surrogazione: concetto e limiti. — **168**. Indivisibilità del privilegio. — **169-173**. Azione a difesa del privilegio; distinzioni. Azione per l'esercizio del privilegio contro altri creditori privilegiati.

157. Il privilegio è causa di prelazione consentita dalla legge ad un credito in confronto di altri crediti, e manifesta la sua virtù nel periodo della liquidazione del patrimonio, o della parte speciale del patrimonio sulla quale è conceduto: all'infuori, come si è detto, di alcuni casi, in cui il creditore può esercitare difese conservative della cosa dedotta nel privilegio. Dalla qual nozione s' inferiscono senza difficoltà i principî seguenti: 1° nel concorso di creditori privilegiati e di creditori chirografari, la prelazione è esercitata sul valore di tutto il patrimonio, o soltanto della cosa rispetto a cui è consentita, perchè non si può oltrepassare il limite entro il quale è ristretto il favore speciale della legge; per le considerazioni già esposte, quando la prelazione fosse generale, l'esercizio di essa sul patrimonio immobiliare è permesso in via sussidiaria (1); 2° nel concorso di creditori privilegiati e di creditori pignoratizî, la ragion del pegno rimane superiore, perchè questo rapporto reale induce, con la specializzazione del valore a favore del credito garantito, il diritto reale di garanzia.

Meno ovvia è la ricerca, nei casi di concorso di creditori variamente privilegiati. Ma ancor qui, dalle cose esposte sulla natura del privilegio si trae un principio generale, che cioè nel conflitto di

(1) Cod. civ., a. 1963 cit.

Digitized by Google

più cause di prelazione, vince quella che dalla legge ha maggior favore: la qual regola non vale soltanto in materia di privilegio, e si estende anche al concorso di privilegio e d'ipoteca cadenti sulla medesima cosa. Qui ha nuova manifestazione l'entità giuridica dell'istituto, perchè se il privilegio è causa legale di prelazione, la legge può estimare in diverso grado il favore che attribuisce alla qualità del credito: onde la regola, che la graduazione ordinata dalla legge è il criterio generale col quale si debbono risolvere i conflitti tra i diversi creditori godenti di privilegio sulla stessa cosa. Ma non è a credere che questo concetto risolva senz'altro le difficoltà: esso dà ampia giustificazione della legge, nel caso vi sia ordinata espressamente la graduazione dei privilegi; e quando ciò non fosse, autorizza l'interprete a ricercare con l'esame comparativo delle diverse cause di prelazione, quale sia apparsa alla mente del legislatore come più meritevole di favore. Tenere che la graduazione sia sempre voluta secondo il modo con cui nella disposizion della legge si succede il novero dei privilegi, sarebbe giudizio assai scorretto, perchè questo può dirsi dei privilegi generali, sui mobili, e gli immobili (sussidiariamente), i quali hanno tutti il medesimo oggetto, cosicchè, nel novero stesso può apparire la mente del legislatore rispetto alla prelazione tra di essi; ma non dei privilegi speciali, designati secondo la causa del credito che riflette su cosa particolare a ciascuno. Avvenendo che più privilegi speciali cadano sulla stessa cosa, sorge la necessità di risolvere il conflitto tra di essi; s'intende, per la considerazione fatta, che l'ordine con cui ne segue il novero, non è di ostacolo o di assoluta importanza nella ricerca, purchè la graduazione non sia espressamente ordinata.

Di qui, il primo criterio da tenere in questa materia: l'ordine col quale la legge dispone i privilegi, *può* indicare la ragion di prelazione tra di essi, quando si riferiscono tutti al medesimo oggetto, secondo che espressamente è provveduto; il secondo poi, si deve inferirlo dalla natura giuridica del privilegio. Il quale non è per sè diritto reale: perciò, siccome avviene che tra i privilegi sono annoverate alcune cause di prelazione, derivanti soltanto da un rapporto di pegno vero, che esiste indipendentemente dal privilegio, o pure è contenuto in questo quasi elemento necessario, s'intende, che il privilegio puro deve cedere di fronte a quello per cui si manifesta la presenza di un elemento estraneo, e cioè del diritto reale di garanzia. Il concorso di questa seconda specie di privilegio, è re-

Digitized by Google

golato dall'entità stessa del diritto, che è causa diretta della prelazione: onde riman preferito quel creditore presso il quale nel tempo del concorso si riuniscono i termini comprovanti l'esistenza della garanzia reale di fronte ai terzi, e principalissimo il possesso di buona fede. Dei due criteri così determinati, il primo non è sempre sicuro, potendo la qualità di un credito avere miglior causa di favore che l'altro non ha, e quindi il bisogno d'indagare, se la legge non provvede, la relazione esistente in modo più diretto tra il credito e la cosa sulla quale è conceduto il privilegio. E questo concetto giustifica le eccezioni che la legge può ordinare rispetto al secondo criterio. Ma sul modo d'intendere la possibilità di eccezioni ai due criteri, è necessario distinguere; perchè nel primo, la prelazione è considerata secondo la natura del privilegio, e lo scopo che è il favore alla causa del credito: onde la possibilità di esaminare se, malgrado la disposizione data, una causa di credito non meriti maggior favore; invece nel secondo, l'entità del diritto reale è talmente efficace, da vietare eccezioni che ne restringano la virtù, se la legge non l'ordina espressamente.

Questi principî, ottenuti per via di analisi dei varî privilegi, rispondono interamente al concetto tenuto dalla legge in materia di concorso; e la storia di essa ne dimostra l'esattezza. Nella dottrina francese s'è discusso molto del criterio da osservare per dirimere il conflitto tra i varî privilegi; argomentando da qualche disposizione speciale, si avvertì giustamente la prevalenza del privilegio nascente dal pegno (1); ma, nè si discusse l'entità vera di questo privilegio; nè si ricercò quella dei privilegi non derivanti da pegno vero, quantunque lo contengano come termine essenziale; nè finalmente si confrontarono questi privilegi ai privilegi propriamente detti, per desumerne la costruzione intera dell'istituto. L'esposizione dei casi speciali di conflitto proverà ancor meglio la bontà dei principî esposti (2).

---

(1) V. in questo senso Trib. di Étampes, 20 magg. 1884 (*J. du Pal.*, 1884, 1, 1145). Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 289.

(2) Badisi: non si vuol dire con ciò, che secondo i criterî dedotti dalla *qualità* del credito privilegiato, studiato in sè, e poi in relazione agli altri crediti pure privilegiati, si debba *sempre* stabilire la graduazione del privilegio; l'interpretazione non risponderebbe alla legge. Perchè se questa ha già fissato la graduazione, lo studio accennato vale a dichiarare il sistema tenuto nel graduare i varî privilegi, e ne mostra il buon fondamento, Il codice civile fr. non aveva

Digitized by Google

158. L'ordine dei privilegi generali sui mobili, che in via sussidiaria si possono poi far valere sugli immobili(1), è regolato secondo il primo dei criteri esposti; il modo tenuto nel disporli indica il favore consentito a ciascuna delle cause di credito, riassumentisi: *a*) nell'interesse comune derivato ai creditori dalle spese fatte per la conservazione e la liquidazione del patrimonio, *b*) nel sentimento di pietà che determina certi crediti, e, *c*) nella utilità generale del buon andamento dei pubblici servizî, che non si può ottenere senza il regolare pagamento dei tributi. Delle quali tre cause, ha maggior forza la prima, per l'utilità diretta che le spese fatte hanno procacciato a tutti i creditori; segue la seconda, perchè non soltanto la ragion di pietà, ma anche il bisogno imperioso della salute pubblica richieggono che i cadaveri non rimangano insepolti; l'assistenza poi degli infermi, e di chi è in bisogno di alimenti o di attendenza: e la condizione di chi per vivere deve porsi al servizio di altri, son fatti che suscitano l'interesse pubblico, per le cure date alla conservazione dell'individuo. Vien da ultimo la terza causa, movente dall'interesse che tutti gli associati hanno alla conservazione del corpo politico formato dalla loro unione; cosicchè, prevale l'interesse diretto dei creditori sulla massa liquidabile: seguono poi la ragion di pietà verso i defunti e la cura per la conservazione dell'individuo,

---

risoluto una questione sì grave, e la dottrina e la giurisprudenza andarono perciò in varie risoluzioni (v. in seguito); nell'art. 2096 è detto, che la prelazione è determinata secondo la diversa *qualità* (intrinseca a ciascun privilegio, o propria in generale a ciascuno dei due gruppi di crediti preferiti) dei privilegi; l'art. 1953 della legge italiana afferma che la prelazione è determinata sì secondo la *qualità* del privilegio, *ma dalla legge*. La quale, arbitra nella designazione del privilegio, nell'estimazione del favore concesso ad alcuni crediti, dovea valutare queste qualità, non soltanto rispetto al credito, ma rispetto agli altri pur favoriti; e questo fece; chè altrimenti la ragion del privilegio, contrariamente alla nozion sua, sarebbe, in un punto delicatissimo, abbandonato al criterio estimatore del giudice.

Tutti i codici e le leggi di concorso hanno seguìto questo criterio. V. Cod. civ. Spagn., a. 1926 e segg.; Cod. civ. Port., a. 1005 e segg.; Cod. civ. della Rep. Arg., a. 3898 e segg.; Cod. civ. del Chilì, a. 2472 e segg.; Cod. civ. del Guatem., a. 2406 e segg.; Cod. civ. dell'Urug., a. 2325 e segg.; Cod. civ. del Mess., a. 2054 e segg.; Cod. civ. del Basso Canadà, a. 1994 e segg., 2009 e segg. Per la L. belga v. LAURENT, op. cit., XXIX, 321. Sulle questioni intorno al concorso dei creditori secondo i fonti del diritto romano, v. WINDSCHEID, op. cit., §§ 242, e segg.; VANGEROW, §§ 372, e segg.; ARDNTS-SERAFINI, § 384; GESTERDING, op. cit., §§ 33 e segg.; SINTENIS, op. cit., §§ 40 e segg.; DERNBURG, op. cit., §§ 149 e segg.

(1) Cod. civ., a. 1963, cit.

Digitized by Google

e per la conservazione dell'aggregato politico. Si è avvertito a suo luogo, che la prima causa di prelazione, fondata com'è sulla utilità effettiva dei creditori concorrenti, ha effetto soltanto rispetto a quei creditori pei quali questa utilità esiste.

La graduazione esposta è assai razionale: che la legge l'abbia voluta, si potrebbe desumere con buon argomento dalle considerazioni fatte rispetto a ciascuna delle cause di prelazione, e dall'ordine stesso col quale si succedono nella disposizione che le designa (1); e questa congettura è confermata appieno dal provvedimento espresso della legge, che dichiara dover seguire la preferenza dei primi quattro privilegi generali mobiliari nell'ordine in cui sono posti (2); e che il quinto abbia effettivamente questo grado, e sia così inferiore agli altri, è detto pure in disposizione speciale (3).

159. Il concorso di creditori con privilegio generale e di creditori con privilegio speciale, dovrebbe essere regolato col criterio desunto dalla ragion del pegno; questo è infatti il principio seguito nella legge; ma per intenderne compiutamente il sistema, è necessario avvertire alla maggior efficacia del credito derivato da spesa fatta in utile dei creditori a fin di conservare o liquidare il patrimonio, perchè se delle spese ebbe profitto il creditore che ha privilegio fondato sull'elemento del pegno, deve sopportare la prevalenza del credito, senza il quale gli sarebbe mancato il vantaggio avuto. È pur necessario tener presente quel che s'è detto sul fondamento del privilegio mobiliare speciale attribuito allo Stato: favore dichiarato dalla ragione storica dell'ipoteca conceduta al fisco nel diritto antico; e dalla considerazione che l'atto cui si riferisce la tassa, ed ha per oggetto la cosa mobile particolare, è movimento della ricchezza, cui lo Stato partecipa per via dell'imposta, che è riconoscimento della funzione sua, e del suo fine. Le due considerazioni unite mostrano come nel privilegio speciale conceduto allo Stato, entri il concetto di rapporto reale, a segno che rispetto alle altre cause di prelazione, è posto assieme ai privilegi fondati sul pegno.

Da ultimo, dev'essere avvertita l'importanza del credito derivante

---

(1) Cod. civ., a. 1956: « hanno privilegio sulla generalità dei mobili *nell'ordine seguente*: .... ». V. la n. 2 della pag. seguente.

(2) Cod. civ., a. 1956 cit.

(3) Cod. civ., a. 1959 al.

Digitized by Google

dal fatto che ha prodotto l'acquisto, o la conservazione della cosa sulla quale si esercita il concorso.

Con la guida di questi criterî, s'intende come nel concorso di privilegi generali e di privilegi speciali, la causa di prelazione dedotta dal credito per le spese di giustizia (1) sia preferita a tutte le speciali, purchè rispetto al creditore cui s'oppone esista l'elemento fondamentale dell'utilità diretta, effettiva, che la giustifica; le altre son preferite soltanto ai privilegi derivanti dai rapporti di enfiteusi, di locazione e di colonia parziaria (2), e cedono di fronte a quelli costituiti sulla ragion propria, o soltanto impropria, del pegno, cui s'aggiunge la ragion della *v. in rem* (generale) nel caso di chi ha fatto credito per l'acquisto o la conservazione della cosa. La teoria non può essere costruita su principî più generali, perchè la legge, se valuta insieme privilegi distinti, ma giustificati da egual motivo, procede altrimenti quando la causa del credito deve essere estimata con considerazioni speciali; la valutazione di queste si fa, ponendo ogni causa speciale in confronto di ciascuna delle cause generali e speciali. Argomentare dall'estensione data al privilegio, è metodo contrario all'entità dell'istituto, e che non conduce a risultati serî: se il privilegio è favore accordato alla causa del credito, nel concorso di varie cause si deve far giudizio dell'importanza di ciascuna, per sapere se, e rispetto a quali altre cause, meriti una distinzione particolare; e poi, se si dicesse che i privilegi generali, soltanto per tal qualità, debbono essere preferiti agli speciali (3), si potrebbe ben rispondere, che la specie deroga al genere, e quindi il privilegio speciale vince il generale (4). Teorie che ebbero molti sostenitori; i quali non s'addiedero che i due ragionamenti potevano servire ad elidersi l'un l'altro, non a costrurre la dottrina del concorso. Parrebbe a tutt'a prima, che nei privilegi speciali si debba contenere maggior virtù che non è nei generali,

(1) Cod. civ., a. 1959.

(2) Cod. civ., a. 1959, al. In questo privilegio manca la ragione del pegno proprio od improprio; la figura del pegno entra non a costituirlo, ma a dichiararne storicamente l'origine, sebbene, come s'è detto, siano rimaste traccie del vecchio ordinamento, adattate al nuovo concetto.

(3) Così GRENIER, op. cit., II, 298; TROPLONG, op. cit., 1, 74; PONT, op. cit., I, 178; Trib. di Senlis, 11 marzo 1884 (*J. du Pal.*, 1884, 1, 764).

(4) PERSIL, loc. cit. in f.; VALETTE, op. cit., I, 119; Trib. di Melle, 11 giugno 1881 (*J. du Pal.*, 1882, 714); Trib. d'Étampes, 20 maggio 1884 (*J. du Pal.*, 1884, I, 1145).

Digitized by Google

perchè ridotti ad una cosa determinata, sembra più intenso il rapporto tra il credito ed il valor dell'oggetto: ma si pensi che all'infuori dei casi in cui si ha veramente la figura del pegno, la restrizione del privilegio non deriva da modificazione nella sua natura giuridica, ma dalla causa stessa del credito, valutata rispetto ad una cosa speciale (1).

160. Nè con diversi criteri da quelli ora indicati si procede nel concorso di più crediti privilegiati sulla medesima cosa. Il credito derivante da spese giudiziali sopportate per la conservazione o liquidazione dell'oggetto comune a più privilegi, è preferito a tutti: la ragion di decidere esposta di sopra vale pur qui, per l'utilità effettiva che da queste spese è stata prodotta a favore dei concorrenti. Segue poi la ragion del pegno: e ad intenderla convenientemente, è necessario distinguere, secondo se ne consideri soltanto l'importanza storica, o l'esistenza reale, o l'esistenza ristretta a termine costitutivo del privilegio. Sotto il primo aspetto, e per esservi unita la considerazione della qualità del credito, è conceduta al privilegio speciale dello Stato la prelazione su tutti gli altri privilegi cadenti sul medesimo oggetto. Ragioni storiche concorrono parimenti a giustificare il privilegio consentito al creditore del canone enfiteutico, al locatore, ed al colono; ma son superate, nel sistema della legge odierna, da altro riflesso, la prelazione cioè del credito connesso essenzialmente all'entrata della cosa nel patrimonio del debitore; il quale concetto, quando è comune a più crediti egualmente privilegiati sulla stessa cosa, dà maggior forza alla prelazione secondo che il credito ha più immediatamente concorso all'acquisto della cosa determinata. Perciò, sui frutti del fondo affittato o dato in colonia, i privilegi spettanti a chi ha contribuito, comunque, alla produzione di essi, si succedono in quest'ordine: 1° i crediti per la raccolta; 2° per la coltivazione; 3° per le sementi; 4° per i crediti del locatore e del colono; e se i frutti fossero prodotti da fondo conceduto in enfiteusi, è preferito a quest'ultimo

(1) L'indagine sulla qualità del credito, e quindi sulla ragion della prelazione, studiata rispetto ai vari crediti concorrenti, deve determinare la gruaduazione; così AUBRY et RAU, loc. cit., Trib. di Vitry-le-François, 31 luglio 1884 (*J. du Pal.*, 1884, I, 1145); App. Poitiers, 18 dic. 1890 (*J. du Pal.*, 1891, 1, 574). Cons. LAURENT, l. cit.

Digitized by Google

credito quello del canone dovuto al direttario, perchè il locatore ebbe la cosa e può goderne soltanto in virtù di tale onere (1).

Nel secondo aspetto in cui si può considerare la ragion del pegno come determinante il privilegio, quando cioè con la prelazione si manifesti la virtù di un vero rapporto di pegno (2), o della garanzia specialmente costituita sul valor della cosa in previsione di quel credito che perciò vi è privilegiato (3), non occorrono difficoltà gravi. Rispetto al terzo, dov'è il concetto della *v. in rem* (in generale, chè della propria *a. de in r. versio* rispetto al privilegio si dirà in seguito), giustificante la garanzia nel credito di spesa per la conservazione od il miglioramento della cosa (4), si deve osservare: 1° che questa ragione può esser tale da superare le altre, ancorchè fondate sul concetto proprio del pegno; perciò, quando concorrano gli altri termini necessarî, prevale al privilegio del creditore pignoratizio, se la spesa è fatta dopo la costituzione del pegno, o, nel caso fosse fatta prima, se la cosa è tornata in possesso del creditore qual terzo possessore di buona fede (5); 2° che supera il privilegio del locatore, o del colono, sui mobili ond'è fornita la cosa locata (6): e nella legge è notata espressamente questa prelazione, per avvertire che la difesa conservativa conceduta in questo caso speciale, non si può esercitare contro chi ha fatto la spesa, e tien presso di sè la cosa conservata o migliorata; 3° finalmente, quando la ragion della conservazione della garanzia occorre per più crediti sotto l'egual forma di rapporto reale, si bada all'attualità del possesso, come avviene nel concorso del credito del vetturale con quello dell'albergatore, che riman sempre superiore, malgrado la du-

---

(1) Cod. civ., a. 1960. V. sulla questione, le considerazioni degli scrittori di diritto comune, MANTICA, op. cit. XI, t. 23, nn. 11 e segg.; DE LUCA, op. cit. *De cred.*, disc. 16, nn. 9 e segg.; RODRIGUEZ, op. cit., p. I, a. 18, nn. 33 e segg.; MERLIN, op. cit., l. 3, quest. 5, nn. 46 e segg.; ZANCH., op. cit., ex. 2, § 6, nn. 105 e segg. Cons. TROPLONG, op. cit., I, 62; LAURENT, op. cit., XXIX, 534. V. pure C. civ. parm., a. 2160; Cod. civ. est., a. 2151.

I mutui fatti da un istituto di credito agrario per l'acquisto di sementi, o per i lavori di coltivazione e raccolti, dànno al mutuante la prelazione sul locatore. L. 23 genn. 1887 cit., a. 7. Ed al locatore, è, per il privilegio, parificato in generale, l'istituto di credito agrario. L. cit., a. 4.

(2) Cod. civ., a. 1958, 6°; 1959.

(3) Cod. civ., a. 1958, 10°, 11°.

(4) Cod. civ., a. 1958, 7°, 8°, 9°.

(5) Arg. C. civ., a. 707.

(6) Cod. civ., a. 1960, al. 3.

Digitized by Google

rata eccezionale del privilegio conceduto al vetturale nel caso abbia effettuata la consegna della cosa trasportata (1).

161. Le cose esposte si possono restringere in poco, perchè argomentando dalla qualità del credito, e dal modo per cui questa qualità si esplica relativamente alla cosa dedotta nel privilegio, si ottiene il seguente ordinamento del concorso di più crediti privilegiati sul medesimo oggetto:

a) spesa giudiziale per la conservazione o liquidazion di valore della cosa, derivandone utilità immediata all'esercizio dei privilegi concorrenti;

b) credito dello Stato;

c) credito fondato sulla ragion del pegno, inteso propriamente, ossia ch'esiste come rapporto distinto;

d) credito derivante dal fatto, che per esso una cosa determinata è entrata nel patrimonio del debitore, ed è perciò garanzia comune dei creditori, senza che tal fatto si esplichi con la forma di rapporto reale sulla cosa stessa: la prelazione è data a quel credito, che ha più davvicino contribuito alla specializzazione dell'acquisto a favor del patrimonio;

e) credito derivante dal fatto or descritto, manifestantesi con un rapporto di pegno che non ha esistenza distinta, ed è appena elemento della entità del privilegio: qui dà regola al concorso un criterio desunto dal pegno, l'attualità cioè del possesso considerato soltanto nella *materialità* sua, perchè la *causa* del credito dà rimedio al difetto degli altri termini.

Si può ottenere il medesimo risultato, argomentando dalla qualità e dalla causa dei crediti concorrenti:

a) credito dello Stato;

b) credito con pegno;

c) credito derivante da una *utilis versio in rem* (in generale).

Nei primi due ordini son collocati crediti privilegiati per effetto di un diritto sul valor della cosa, derivante dal pegno, o da

(1) Cod. civ., a. 1960, al. ult.; a. 1958, 9° in f. Di questa causa di prelazione si fa accenno qui, a fin di render compiuta l'esposizione del sistema; la ricerca su di essa sarà fatta nella parte speciale. Ma, giova avvertire fin d'ora, che la consegna della cosa effettuata dal vetturale non può pregiudicarlo nel favore conceduto al suo credito dalla legge, perchè con tal fatto adempie all'obbligazione da lui costituita.

Digitized by Google

concetto di onere reale; nel terzo son riassunti i privilegi veri, nei quali la prelazione deriva soltanto dalla causa del credito. Quando questa *versio utilis* è contenuta nella spesa giudiziale di conservazione e liquidazione, vince anche i crediti privilegiati per effetto del rapporto reale (1); negli altri casi, in qualunque modo si manifesti, o con la introduzione di nuove cose (frutti) nel patrimonio del debitore, o conservando o migliorando cose che vi esistono, è preferita la causa del credito che più *recentemente* ha contribuito a tal fine; in alcuni casi, questa prelazione è connessa al possesso dell'oggetto (2). Talvolta, questa causa di credito può anche vincere il pegno, e ciò s'avvera quando il creditore pignoratizio ha dato la cosa per farvi lavori che la conservino o la migliorino; l'artefice ha privilegio contro il creditore pignoratizio suo debitore, e contro gli altri crediti privilegiati a causa dell'*utilis versio in rem:* in ambi i casi *salvam fecit totius pignoris causam* (3).

La costruzione, così determinata, risponde alla dottrina del privilegio secondo è stata esposta. Per intenderne con esattezza i concetti, è necessario riferirli alle figure particolari di privilegio ordinati dalla legge, e dai quali ne è tratto il contenuto; certo, di alcuni di questi privilegi non si può determinar qui l'estensione, perchè il discorso ne è stato rinviato alla teoria speciale del pegno, così volendo la distribuzione logica della materia; ma le idee generali sviluppate largamente, rendono facile la intelligenza dei criterî che governano il concorso di più privilegi speciali sul medesimo oggetto.

162. L'utilità comune dei creditori, che nasce immediatamente dal fatto di liquidare il valor degli immobili, dichiara, come s'è già avvertito nell'esposizione dei privilegi sui mobili, la prelazione consentita al credito per le spese del giudizio di spropriazione degli immobili, e di quello di graduazione: fermo sempre il principio, che la prelazione ha valore rispetto ai creditori i quali ebbero vantaggio da queste spese: chè altrimenti mancherebbe il fondamento al favore speciale ordinato dalla legge.

Segue il privilegio conceduto per il pagamento delle imposte e delle sovraimposte; e per il credito di diritti di registro e di ogni

(1) Cod. civ., a. 1961.
(2) Cod. civ., a. 1958, 7°, 8°, 9°.
(3) L. 5, 6. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4).

Digitized by Google

altro tributo indiretto. E quando non vi siano creditori ipotecarî, perchè questi due privilegi, per la grande estimazione che la legge fa della causa del credito, superano anche il rapporto di garanzia reale sopra gli immobili (1): e se il valore dei mobili non sia stato sufficiente, si fa luogo ai primi quattro privilegi generali mobiliari, secondo l'ordine col quale si succedono. Che se oltre ai privilegi immobiliari vi fossero anche creditori ipotecari, questa collocazione sussidiaria vien fatta dopo: essa, com'è stato avvertito (2), vale soltanto rispetto ai creditori chirografarî.

163. Perchè s'abbia conoscenza intera della teoria del privilegio, e si vegga con più chiarezza la distinzione proposta tra il privilegio propriamente detto, ed il diritto reale di garanzia, che per natura sua, e non per valutazione che la legge faccia della causa del credito, ha la prelazione, è necessario porre in confronto i due rapporti quando convergono sul valore del medesimo oggetto. La prima parte della ricerca, che si riferisce al *pegno* proprio, non dà difficoltà, dopo le cose dette a proposito del concorso di privilegi mobiliari; il *pegno* vince, perchè vi si contiene l'alienazione del valore della cosa, ed il privilegio è esercitato su quel che rimane: al pegno proprio, è agguagliato quel pegno che si confonde nel privilegio, rendendo quasi figura del privilegio *reale*. Il pegno, in questi due aspetti, vince i privilegi generali; vince pure gli speciali; e s'è detto in qual modo è regolato il conflitto, quando più privilegi con pegno improprio esistono sul medesimo oggetto, e quando sono in conflitto col pegno proprio, come avviene se le spese di conservazione e di miglioramento, o di trasporto, o di alloggio presso un albergatore, son fatte dopo ch'esso è costituito (3). Se il creditore pignoratizio è debitore di queste spese, ben gli si può opporre il privilegio derivante da pegno improprio, e dall'estimazione in cui è tenuta la *causa* del credito (4).

164. Egual criterio dà regola al concorso di creditori ipotecari,

---

(1) Cod. civ., a. 1953.

(2) Cod. civ., a. 1963.

(3) Se fatte prima, mancherebbe la ragion della prelazione, e cioè l'utilità rispetto ad un privilegio (diritto reale) non nato.

(4) V. AUBRY et RAU, l. cit., p. 481; LAURENT, op. cit., XXIX, 524.

Digitized by Google

e di creditori che abbiano rispetto al valor della cosa un privilegio mobiliare speciale, o generale: a parlar correttamente, un concorso di tal genere non sarebbe possibile, perchè l'ipoteca esiste, di regola, su beni immobili, cosicchè se pure all'immobile onerato s'unisce una cosa mobile, questa cade nel vincolo ipotecario, quando, mediante unione, ha perduto la sua natura, ed è diventata immobile. Ora, se ciò avviene, il privilegio (generale o speciale) mal può essere conservato, non esistendo più la cosa *mobile* cui si riferiva, nè si può dire, che, nonostante l'unione, sia mantenuto sulla cosa un rapporto nascente dal privilegio, che non ha carattere di diritto reale (1); e la stessa ragion di decidere, spiega perchè i frutti prodotti dalla cosa cedono al diritto d'ipoteca, quando, in virtù della trascrizione del precetto vengono *immobilizzati* (2). E, se soltanto per la immobilizzazione il creditore ipotecario può esercitare il suo diritto su cose che prima erano mobili, per la identica ragione cessa il privilegio su di esse; nè vi ha possibilità di conflitto tra due rapporti di natura giuridica assai diversa.

165. La risoluzione esposta può presentare qualche difficoltà rispetto ai privilegi mobiliari-speciali, specialmente quando si voglia considerare i precedenti storici. Anzi tutto, argomentando dalla ragion del privilegio, parrebbe che i motivi ond'è giustificata la prelazione debbano conservare tutta l'importanza, anche quando siano opposti ai creditori ipotecarî: se il favore è accordato al credito, perchè senza di esso il maggior valore cui il privilegio si riferisce, non sarebbe entrato nel patrimonio del debitore, e così non ne avrebbe avuto vantaggio la garanzia generale che il patrimonio dà ai creditori: egual ragionamento può esser fatto rispetto ai creditori ipotecarî. La cosa che viene unita all'immobile ne aumenta il valore, e quest'accrescimento ridondante a vantaggio del creditore ipotecario, non si sarebbe avuto senza il credito: quindi, se il credito è privilegiato rispetto ai creditori chirografarî, continua ad esserlo rispetto agli

---

(1) Ma è necessario che l'immobilizzazione sia avvenuta, mediante il concorso degli elementi necessari a produrla (V. su di ciò Chironi, *Istit. di D. c.*, § 48); altrimenti i mobili non perdono la loro natura, e conseguentemente non si può estendere ad essi il diritto reale del creditore ipotecario. La questione sarà svolta in seguito e nella parte speciale, nel discorso delle cose soggette all'ipoteca.

(2) Cod. civ., a. 2085.

Digitized by Google

ipotecarî, perchè in ogni caso ha prodotto l'aumento della garanzia, generale nel primo caso, speciale nell'altro. Nè la considerazione, dedotta dal fatto che l'immobilizzazione ha tolto alla cosa immobilizzata la qualità di mobile, ha tutta l'importanza che parrebbe: il privilegio non s'estingue sempre per l'uscita della cosa dal patrimonio, e può persistere trasportandosi sull'equivalente subentrato nel patrimonio del debitore alla cosa che vi era contenuta (1). E alla costruzione razionale par che rispondano le considerazioni storiche, e qualche disposizione della legge in materia di privilegio: quelle dimostrano come la gran parte dei privilegi speciali costituiva nel diritto antico una serie d'ipoteche tacite, ed era risoluzione accolta dai dottori (2), che all'ipoteca generale già esistente venisse preferita l'ipoteca speciale sulla cosa acquistata in seguito, quando l'acquisto fosse avvenuto col patto che il venditore od altri avesse l'ipoteca: essendo così l'acquisto seguìto con quella legge, con quelle date diminuzioni del valore, senza le quali non sarebbe stato consentito. Vero è, che il carattere del rapporto è mutato: ma la ragion di decidere non è forse rimasta invariata?

E la legge stessa ha qualche disposizione che parrebbe mossa da queste considerazioni; il venditore di cosa mobile, tuttora in credito del prezzo di vendita ha il diritto di rivendicar la cosa stessa (3), e può opporre il suo diritto anche al locatore non ignorante questo fatto; il privilegio del venditore vincerebbe dunque il privilegio consentito al locatore in virtù dell'*illatio*.

Malgrado queste considerazioni, è certo che il privilegio mobiliare speciale non può essere opposto in guisa alcuna al creditore ipotecario, il quale si giovi della seguìta immobilizzazione della cosa. Non

---

(1) Come avviene del trasportarsi della prelazione sulla somma dovuta dall'assicuratore, oppure per ragion di espropriazione: salve le eccezioni ordinate espressamente e fondate sull'impiego della somma seguìta vantaggiosamente per lo stesso creditore (Cod. civ., a. 1951). V. in seguito.

(2) NEGUSANT., op. cit., p. 4, princ., nn. 33 e segg.

(3) Cod. civ., a. 1513. La legge francese fa di quest'azione di rivendicazione un privilegio per il venditore impagato (Cod. civ. fr., a. 2102); con miglior giudizio l'italiana, argomentando dalla ragion della *causa* nei contratti bilaterali, ha tolto a tal difesa il carattere di un favore speciale. Nè rilevano le limitazioni entro cui volle contenuta l'azione: dovendosi, con esempio non nuovo (possesso dei mobili, Cod. civ., a. 707 e segg.), porre in accordo il concetto di *proprietà* con il carattere della cosa, facilmente trasformabile così da esserne difficile l'identificazione, e coi bisogni del commercio. L'entità di questo istituto sarà esaminata in seguito.

Digitized by Google

ha importanza la considerazione storica accennata, perchè il privilegio non è diritto reale sulla cosa, e questa accresce la garanzia speciale ipotecaria per virtù della semplice immobilizzazione, o della unione alla cosa principale; nè ha valore l'argomento dedotto dal diritto che la legge dà al venditore di cosa mobile: qui meglio del privilegio [come s'osserva in qualche legislazione straniera (1)] occorre la risoluzione, che si esplica nel diritto di rivendicare la cosa venvenduta. Riman perciò il principio, che non vi può essere conflitto tra il creditore con ipoteca ed il creditore con privilegio mobiliare; in materia di frutti, non essendo questi contenuti nel vincolo ipotecario fin da principio (2), il creditore privilegiato può far valere su di essi, come mobili, la sua ragion di prelazione in confronto degli altri creditori chirografarî semplici o privilegiati: ma, seguìta l'immobilizzazione, i frutti *purchè immobilizzati*, seguono la condizione del fondo, e cadono nel vincolo ipotecario esistente sulla cosa cui accedono.

166. Parrebbe tuttavia, che la dottrina contraria sia accolta in qualche disposizione dalla legge: il venditore di cosa mobile può, in mancanza di pagamento, rivendicarla, se nessuna dilazione è stata convenuta, e se concorrono poi altri elementi speciali, necessari a dar nascita all' azione: non s' avrebbe qui un privilegio esperibile avverso il creditore ipotecario, quando la cosa mobile fosse stata unita al fondo sul quale pesa l'ipoteca? La risoluzione del dubbio, esige due ricerche: una, se l'azion di rivendicazione consentita al venditore, in casi speciali, contenga un privilegio; l'altra, se sia possibile di esperimentarla contro il creditore che ha ipoteca sul fondo al quale la cosa è stata unita per accessione o destinazione. Alla prima questione si può rispondere senz'altro, che qui non s' ha privilegio, ma la difesa, limitata per via dell'effetto del possesso sui mobili corporali, della *ritenzione*, che il venditore impagato ha diritto

---

(1) Cod. civ. fr., a. 2102, 4°.

(2) Si è accennato altra volta a questo concetto, perchè il valor della cosa, se comprende come termine la potenzialità di essa a dar frutto, ed in ragion di questa, ossia della maggiore o minore sua entità, ha maggiore o minore estensione; pure, non comprende il frutto destinato ad avere esistenza a sè, com'è destinazione della cosa di produrlo periodicamente, senza esaurire perciò la sua forza produttiva (arg. Cod. civ., a. 2085, 1° al.).

Digitized by Google

di opporre (1); maggior gravità ha la seconda. Perchè, per la ragione or accennata, l'azion di rivendicazione non è conceduta se la cosa non è più nel possesso del compratore: ora, argomentando dal concetto di alienazione del valore contenuta nella garanzia reale, parrebbe, che, estendendosi questa a quanto accede alla cosa gravata, nell'estensione esista quell'alienazione per cui è impedita la rivendicazione. Il ragionamento non regge: nella garanzia reale si ha alienazion del valore, non della cosa: e siccome a queste obbiezioni si può replicare, che alienare il valore è disporre della cosa; è mestieri di aggiungere che, per la garanzia reale ipotecaria, il concedente non perde il possesso della cosa, e che il creditore ipotecario non soltanto non ha questo possesso, ma non ha possesso del suo diritto, non suscettibile di essere posseduto (2).

L'azion di rivendicazione è dunque efficace contro il creditore ipotecario (3); ma, e questo è altro termine necessario per esperimentarla, è necessario che la cosa si trovi nello stato medesimo in cui era al tempo della consegna. La modificazione avvenuta rispetto alla cosa, impedisce la rivendicazione, conceduta *adhuc re integra*, fino a quando cioè sia conservata identica a quel che era: s'intende, che non può dirsi modificata, se acquistata in pezzi questi vengano necessariamente riuniti: o se, per lo scopo cui serve, sia stato necessario di unirla al suolo o ad alcuna parte dell'edifizio (4), pur-

---

(1) Come una *cond. sine causa:* WINDSCHEID, op. cit., § 321. La ritenzione, sebbene detta così, non è vera ritenzione; è la manifestazione, nel modo più energico, del difetto della causa, presumendosi che l'obbligazione di una parte nel contratto bilaterale abbia il fondamento, la causa sua nell'*adempimento* dell'obbligazione toltasi dall'altra. Concetto ch'ebbe la sua affermazione nel diritto romano con le *condictiones:* nel diritto odierno nostro, non si manifesta con un rapporto estraneo al negozio cui si riferisce, ma è contenuto nel negozio stesso, con la figura di questa ritenzione impropria, e della condizione risolutiva.

(2) Come si dimostrerà nel determinare l'esercizio del diritto d'ipoteca.

(3) Cfr. tuttavia Cass. fr., 11 genn. 1887 (*J. du P.*, 1887, 1, 369).

(4) Nè qui, come sarà più ampiamente detto nella parte speciale, faccia ostacolo l'immobilizzazione: parrebbe a tutt'a prima, che per questo fatto non sia possibile esperire l'azione di rivendicazione contro il creditore ipotecario. Ma osservisi, che l'immobilizzazione ha tal virtù, quando esistano i termini utili a produrla: l'immobilizzante dev'essere proprietario, e tal non è l'acquirente della cosa mobile non pagata; altrimenti, non s'intenderebbe l'azione *di rivendicazione* conceduta al venditore. Chi *rivendica* non ha perduto la qualità che difende con l'azione.

Altrettanto non può dirsi dell'accessione. Perciò, l'affermazione che è nel testo regge nei rapporti fra il venditore e l'acquirente; non nei rapporti tra l'acquirente

Digitized by Google

chè il modo d'unione non abbia punto mutato l'apparenza esteriore della cosa, da così com'era al tempo della consegna.

167. Il rapporto derivante dal privilegio non patisce danno, se a vece della cosa cui si riferiva in origine, le sia surrogato il valore. Parrebbe a primo aspetto, che questa sostituzione non sia giuridicamente possibile, perchè s'avrebbe un oggetto sostanzialmente diverso, e la mutazione così grave non potrebbe a meno d'influire sull'esistenza del rapporto stesso: il ragionamento si svolge ancor meglio, quando si avverta che il privilegio non conferisce verun potere (diritto reale) sulla cosa per sè, nè quindi può dirsi che il rapporto rimane illeso, perchè la sostituzione avvenuta lungi dal modificarne la entità, ne ha specializzato l'oggetto vero, proprio, contenuto prima genericamente sulla cosa onerata. Il creditore privilegiato non ha diritto verso la cosa; uscita dal patrimonio, il privilegio dovrebbe cessar di esistere, e se in conseguenza di questa diminuzione vi rientra un valore che restaura economicamente il patrimonio, pare siasi acquistato qualcosa di diverso, di nuovo, che viene a far parte della garanzia generale spettante ai creditori chirografari. La cosa ch'era oggetto del privilegio, non esiste più, nè qui interessa distinguere se si tratti di vera perdita, o di semplice uscita del patrimonio; cosicchè, estinto il privilegio, non si può farlo risorgere, in considerazione della causa che da questa perdita deriva al valore ed al suo acquisto.

La costruzione non è esatta: da due affermazioni che, tolte separatamente, son vere, si deduce, unendole, una conseguenza non giusta. Che l'uscita, comunque avvenuta, della cosa dal patrimonio, estingua il privilegio, è principio esatto nella sua generalità, e non meno lo è l'altro che il privilegio non dà diritto a seguir la cosa: i due principî si riducono ad uno, e, giudicando correttamente, si deve affermare, che il primo non fa che esprimere con dizione che si presta all'equivoco, quanto è contenuto nel secondo. Difatti, il privilegio non dà il potere di seguir la cosa, per difetto di realità nel rapporto, e perciò la estinzione che ne segue non è veramente tale, ma dipende dall'impossibilità giuridica di esercitare il diritto di insegui-

---

ed il creditore ipotecario, perchè l'accessione ha, unendo la cosa mobile, fatto perdere a questo la sua qualità originaria. E regge nei rapporti con i creditori privilegiati, ai quali, per le cose dette, non spetta un diritto reale sulla cosa.

Digitized by Google

mento quale si ha nella garanzia reale; se la cosa rientra nel patrimonio, il privilegio ripiglia quel vigore che gli era venuto meno. Ora, la cosa può rientrarvi nella forma materiale che aveva prima, od in quella del valore che v'era contenuto: è vero, che materialmente l'aspetto delle due cose è diverso, e perciò parrebbe di dover ricorrere alla seconda affermazione, con la quale s'insegna, che s'ha veramente perdita del privilegio se la cosa è perita; ma si deve pôr mente, che per l'entità giuridica speciale del privilegio (e della garanzia reale), la sua virtù si spiega sul *valore*, cosicchè quando la cosa rientri nel patrimonio sotto questo aspetto, non si ha un oggetto diverso da quello che cadeva da principio nel privilegio, ma si ha la esatta, la compiuta determinazione dell'oggetto stesso. E posto ciò, di che potrebbero far giusta lagnanza i creditori chirografarî, se il privilegio sulla cosa, si rivolge in seguito sul valore col quale è rappresentata nel patrimonio? Il valore non vi occupa forse il posto economico dato dianzi alla cosa?

L'uscita della cosa, o la perdita di essa, sono fatti che dànno origine al credito del danneggiato, ed è soltanto per essi che nel patrimonio vien dedotto il valore, sul quale si esperimenta il privilegio che s'avea prima sulla cosa venduta o perita. E generalizzando si potrebbe assorgere al principio, che il privilegio sulla cosa si converte di diritto in privilegio sul *prezzo* che fosse dovuto per l'acquisto, o sull'indennità dovuta per il danneggiamento (totale o parziale) dato alla cosa. Il privilegio permane, malgrado la trasformazione *economica* della cosa: il rapporto di causalità tra la cosa ed il valore, ed il contenuto del privilegio che è appunto prelazione sul valore, spiegano questa continuità, e dichiarano il termine qui adottato di *trasformazione economica*: se altra cosa fosse dovuta in cambio di quella uscita (come avverrebbe nella permuta), il privilegio si estinguerebbe, mancando il concorso degli elementi or descritto.

Ma generalizzare non si può, dinanzi all'ordinamento speciale tenuto in questo punto (1); e la teoria dev'essere anzitutto ristretta alle ipotesi determinate dalla legge. La quale vidde in essa la *certezza* della sostituzione; dubbia assai, negli altri casi in cui parrebbe occorrere. E poi, ripugna all'interpretazione estensiva, la natura del privilegio considerata rispetto alla cosa: e da questa ripugnanza

(1) V. il n. seguente.

Digitized by Google

si trarranno i limiti entro i quali la sostituzione del pegno alla cosa dev'essere contenuta.

168. La legge applica questo concetto al caso di somma dovuta dagli assicuratori, per indennità della perdita o del deterioramento della cosa assicurata (1); argomentando dalla dottrina che nel contratto di assicurazione sia soltanto il fatto della capitalizzazione dei premî pagati all'assicuratore, parrebbe doversi ammettere il buon diritto dei creditori chirografari, perchè la somma pagata all'assicurato sarebbe il frutto dell'accumulamento capitalizzato di valori esciti dalla garanzia comune che è il patrimonio; ma questa dottrina non è al tutto vera. E poi, qualunque teoria si voglia seguire rispetto all'entità dell'assicurazione, qui bisogna por mente alla funzione sua relativamente al patrimonio: ha per fine la riparazione, la reintegrazione di esso, diminuito in seguito alla perdita totale o parziale della cosa, e perciò è saliente la relazione che nel patrimonio esiste tra questa ed il valore pagato; la funzione del contratto rispetto al patrimonio, è la *indennità:* lo risarcisce del danno patito, e perchè, come si è avvertito, l'indennizzo si riferisce alla cosa, occupa nel patrimonio il posto che questa vi teneva: ossia, la cosa comparisce nel patrimonio sotto altra forma, il valore.

Ma la parte di concetto vero contenuto nel fatto della capitalizzazione, dà modo di separare nettamente la funzione dell'indennizzo, dal concorso fornito dal patrimonio a fin di costituire la somma dovuta dall'assicuratore. È indubitato, che i premî rappresentano un valore col quale il patrimonio provvede alla sua reintegrazione, e ch'escono dall'insieme dei beni costituenti, per legge, la garanzia (in senso improprio) di tutti i creditori: è parimente indubitato, che senza questo concorso, ch'è impiego di somma non devoluta a garanzia speciale, si è avuta la somma proveniente dall'assicurazione: è quindi giusto, sia da tal somma prelevato anzitutto l'ammontare dei premi pagati, i quali rientrano così nel patrimonio per garanzia comune, e sul residuo si concentra il privilegio già esistente sulla cosa assicurata.

Nè s'apponga a questa risoluzione, che la legge, senza distinguere, ha ordinato sia la indennità vincolata al pagamento dei crediti go-

(1) Cod. civ., a. 1951. La dottrina francese e la giurisprudenza erano assai incerte su questo punto: regolate secondo i principî correttamente posti nella legge italiana, dalla legge posteriore già ricordata.

Digitized by Google

denti di privilegio sulla cosa (1); certo, il vincolo esiste, ma nulla vieta all'interprete di esaminarne l'entità argomentando dalla nozion dell'assicurazione rispetto alla funzione indennizzatrice, e dalla nozion del premio studiata in relazione col patrimonio. Per respingere la dottrina qui affermata, bisognerebbe separare affatto il premio dal capitale assicurato, e dire, ch'esso è soltanto il corrispettivo dell'obbligazione che l'assicuratore si è tolto, senza ritenerlo giuridicamente qual termine concorso alla formazione del capitale; dire cioè, che tale concorso potrà essere vero economicamente, come istituto interno di amministrazione dell'azienda assicuratrice, ma che non dà luogo a conseguenze giuridiche nei rapporti tra assicurato ed assicuratore, e tra essi ed i terzi interessati al patrimonio dell'assicurato. La qual dottrina non pare al tutto accoglibile; perchè pur lasciando da parte il termine di capitalizzazione, la qualità giuridica di corrispettivo, ben rilevata nel premio, obbliga a considerare la parte ch'esso ha nell'acquisto al patrimonio della somma assicurata.

169. Parimenti avviene per le somme dovute a causa di espropriazione forzata (2), dove, meglio che nel caso esaminato ora, apparisce il concetto della sostituzione oggettiva nel rapporto di privilegio, a causa della surrogazion del valore alla cosa ch'era contenuta nel patrimonio. E se a queste due disposizioni particolari, si vuol aggiungere l'altra, che in termini generali, regola le conseguenze della perdita della cosa, ordinando che se questa fosse perita, smarrita o posta fuori di commercio, senza colpa del debitore, i diritti e le azioni spettantigli su di essa passano al suo creditore, apparirà in modo ancor più chiaro, come il concetto della sostituzione in seguito alla trasformazione economica della cosa, sia accolto con qualche ampiezza (3). La cosa contenuta nel patrimonio, può costituire oggetto del medesimo interesse per il creditore, anche se trasformata in valore, od in azione per ottenerlo: la mutazione non influisce sull'esistenza del rapporto.

Da queste considerazioni particolari escirebbe rafforzato il principio

---

(1) Cod. civ., a. 1951.
(2) Cod. civ., a. 1951.
(3) Cod. civ., a. 1299.

Digitized by Google

generale esposto, che la trasformazione economica per cui alla cosa è surrogato il prezzo non reca pregiudizio al privilegio: dalla cosa si trasporta sul suo surrogato. Parrebbe, che affermando questo concetto nella maggior estensione sua, si contraddica alla regola d'interpretazione vietante di estendere il privilegio oltre i casi nei quali è conceduto; ma all'obbiezione si può rispondere che le disposizioni riferite rivelano nel loro insieme qual sia il pensiero del legislatore; e quando questo è più ampio di quanto non appaia per la locuzione adoperata, e consta che nessuna restrizione s'è voluta, non gli è recata offesa con l'estenderlo a quei termini ch'entrarono di certo a comporne l'entità (1). E pure, come s'è già avvertito, l'estensione assoluta del principio non è possibile; a parte la considerazione, al tutto speciale, già esposta (2), la *sostituzione del valore* è concetto non accoglibile in modo generale in materia di privilegio. Il quale cade sulla cosa, *ma non come diritto reale;* e la costituzione implica una specie d'inseguimento, spiegabile con la figura della realità. Quindi le disposizioni della legge potrebbero parere norme eccezionali di equità, dipendenti dall' osservata certezza della sostituzione dell'oggetto; e per i casi non preveduti espressamente, argomentando dalla ragione stessa della negazione or posta, si verrebbe a ciò: che quando nel privilegio si manifesta la nozione del diritto di pegno *vero*, la relazione con la cosa consente la sostituzione non accolta come principio assoluto.

170. All' indivisibilità della garanzia reale si accennò fuggevolmente, nello stabilire la relazione che è tra l'origine storica del concetto giuridico di pegno e la servitù (3), e poi nell'analisi del contenuto dell'*onere reale* considerato qual rapporto distinto, con-

---

(1) Non s'argomenterebbe dunque dalla sola disposizione legislativa sulla surrogazione dell'ipoteca nella somma dovuta per ragione di assicurazione o di espropriazione; sibbene da un insieme di regole speciali, confermanti l'applicazione del concetto *pretium succedit in locum rei*, non soltanto *in universalibus*, come insegnavano parecchi scrittori di diritto comune (NEGUSANTIUS, op. cit., p. 4, m. 2, n. 149), ma nelle cose speciali. E la regola sarebbe posta rispetto alla perdita della cosa; e rispetto alle ipoteche ed ai privilegi che s'avessero a carico dell'enfiteuta nel caso di devoluzione del fondo enfiteutico (Cod. civ., a. 1567), o pur del *dominus* nel caso di affrancazione (Cod. civ., a. 1567).

(2) V. il n. 162 in f.

(3) V. il cap. I.

Digitized by Google

tenente l'alienazione del valore della cosa, o di una funzione che può esserne separata. Questo carattere segnala l'entità della garanzia, in modo che la divisione del credito o della cosa onerata dalla sicurtà non osta all'interezza di essa perchè lo *scopo* del rapporto investe la cosa tutta, e si riferisce così a qualunque parte del credito; avverrà lo stesso del privilegio? è questo indivisibile come il *pegno*?

Appena si pensi alla natura del privilegio, s'intende che non gli si può concedere il carattere d'indivisibile com'è attribuito alla garanzia reale; vi manca al tutto il rapporto (reale) verso la cosa, e con esso l'idea di servizio, di utilità che la cosa dà al credito intero, ed a qualunque parte di esso: la prelazione, secondo è stato largamente esposto, s'effettua sul prezzo. Cosicchè, prima che si avveri il fatto determinante l'esercizio del privilegio, questo si atteggia necessariamente a tutte le vicende cui il credito o la cosa possono andar soggetti: se la cosa esce in tutto, od in parte dal patrimonio del debitore, il privilegio non può seguirla, eccezion fatta per il rimedio speciale inerente alla locazione; se a motivo di divisione ereditaria la cosa vien divisa, il privilegio dev'essere esercitato su ciascuna delle parti, secondo la divisione del debito tra i coeredi: e se la cosa fosse per intero attribuita ad uno solo dei condividenti, il creditore non potrà agire su di essa se non per la parte di debito per la quale è tenuto l'erede. Ch'egli possa provvedere ai suoi interessi intervenendo alla divisione, o chiedendo la separazione del patrimonio ereditario da quello personale dell'erede, non è dubbio; ma questi rimedi nulla conferiscono all'*indivisibilità* del privilegio, cosicchè se valgono a tutelare gli interessi del creditore non perciò attribuiscono tal qualità al rapporto. Il privilegio non dà rispetto alla cosa, od alle cose sulle quali è conceduto, un diritto speciale, diverso da quello consentito in genere ai creditori sul patrimonio del debitore: e come avviene per quest'ultimo, così per la cosa cui si riferisce il privilegio l'azione è limitata all'entità del credito che si può far valere contro il possessore. Mentre il creditore garantito da sicurtà reale è soggetto di due rapporti, giuridicamente indipendenti per lo scopo speciale di ciascuno, personale il primo e reale il secondo, nel privilegio *vero* (1) s'ha soltanto il rapporto di ob-

(1) Altrimenti avviene, quando il *privilegio* non sia che la manifestazione di un rapporto di *sicurtà reale* propria; qui dalla *realità*, e non dal concetto di privi-

Digitized by Google

bligazione; la cosa rimane intera nel patrimonio del debitore, e perciò l'azione su di essa dev'essere esercitata secondo la divisione del patrimonio di cui era parte (1).

171. La teoria delle azioni che il creditore privilegiato può far valere, dev'essere costruita sul fondamento che risulta dalla natura giuridica del privilegio. Perchè s'intende, che se per esso il creditore cui spetta non ha verun rapporto reale verso la cosa; e se questa, malgrado la prelazione accordata al credito, rimane nel patrimonio, senza che, per non essere avvenuta alienazione di valore, sia modificato il diritto del proprietario-debitore; è certo, che le azioni consentite al creditore privilegiato a difesa della prelazione debbono essere, in generale, le stesse date ai creditori in difesa della relazion patrimoniale contenuta nell'obbligazione. Vero è, che queste azioni possono essere dirette dal creditore privilegiato a conservare la *cosa* sulla quale potrà esercitare in seguito il suo privilegio; ma quel che può avvenire non muta l'entità giuridica del mezzo conservativo, il quale rimane lo stesso malgrado la qualità derivante

---

legio vero, deriva l'indivisibilità. Così, secondo s'è detto più volte, avviene del privilegio consentito al creditore pignoratizio. Cod. civ., a. 1958, 6°.

(1) La risoluzione qui esposta segue necessariamente dai concetti fondamentali su cui è stata costruita la teoria del privilegio. Per dirlo indivisibile, come avviene dei diritti di garanzia reale propria, bisognerebbe riconoscergli questa realità che non ha rapporto verso la cosa; o affermare, deducendo da ragioni storiche, non valide nel nostro diritto (LAURENT, XXIX, 315), che i privilegi immobiliari sono vere ipoteche privilegiate. Teoria non accolta dalla nostra legge, secondo la quale il privilegio, qualunque sia la natura della cosa su cui è conceduto, non si può confondere con la garanzia reale propria (Cfr. Cass. Torino, 8 marzo 1888 in *Foro it.*, 1888, I, 278).

Nè vale il dire (PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, 13), che privilegio ed ipoteca mirano ad identico fine, l'intero soddisfacimento del credito: il fine economico non impedisce si debba studiare il modo col quale giuridicamente i diversi istituti lo raggiungono; e ricercare se poi, per la varia struttura, lo raggiungono egualmente. Meno poi vale osservare (PACIFICI-MAZZONI, loc. cit.), che il pegno è indivisibile, e pure è tra i privilegi; largamente s'è qui dimostrato che il privilegio del pegno non è privilegio vero.

Badisi: s'è detto ora, che il privilegio non ha realità, mentre nell'esame della natura del privilegio s'è detto come vi entrasse il concetto di rapporto reale. Ma si osservi, che la realità è stata ristretta soltanto in ordine al *valore*, senza ammetterla come onere sulla cosa; onde non può riconoscersi se non quella indivisibilità ristretta nei confini entro i quali è stata riconosciuta la realità dell'istituto (v. la n. 1 della pag. precedente).

Digitized by Google

al creditore dalla preferenza conceduta al suo credito. La qual nozione conferma quanto si è esposto sulla natura del privilegio: prima che la cosa sia ridotta in valore, il creditore privilegiato ha verso di essa quei rapporti che qualunque creditore chirografario ha col patrimonio del debitore; il favore speciale di cui gode il suo credito si manifesta quando, seguita la liquidazione, si ha nel valore il mezzo di effettuare il *pagamento*.

Perciò, il creditore privilegiato ha il diritto di esercitare i diritti e le azioni patrimoniali del debitore (1): concessione rispondente con esattezza al concetto dell'obbligazione, che dà necessariamente nascita ad una relazione patrimoniale (2); e siccome soggetto di questo patrimonio è il debitore, s'intende che i creditori debbono esercitare tali azioni derivandone il diritto da lui: com'è pur evidente, che per aver la relazione carattere patrimoniale non si possono esercitare le azioni personali al debitore. Parimenti, il creditore privilegiato può sequestrare i mobili caduti nella successione del debitore, e soggetti al suo privilegio, od opporsi a che ne segua la divisione, curandone la vendita (3): con la qual difesa d'ordine generale conserva il suo privilegio, che eserciterà seguìta la vendita. Può anche opporsi alla separazione della dote, se la stimasse seguìta non regolarmente in danno dei suoi diritti (4); e può domandare la separazione delle cose mobili ereditarie dal patrimonio dell'erede (5). In quest'ultimo caso, la separazione non attribuisce a chi la domanda alcuna ragion di prelazione: nella trasmissione del patrimonio considerato come *universalità*, al beneficio dato all'erede di separar le cose sue da quelle ereditarie mediante l'accettazione con beneficio d'inventario, risponde il benefizio dato ai creditori ereditarî di liquidare per sè quel patrimonio verso il quale son posti in relazione, e in cui hanno la garanzia *generale* esprimente appunto tale rapporto. E, come s'è osservato, di questo mezzo generale di tutela può valersi il creditore *privilegiato*, non perchè ha tal qualità, ma perchè creditore; il privilegio sarà esercitato in appresso sulle cose mobili cui si riferiva, e che son state così conservate: tant'è, che la separazione

(1) Cod. civ., a. 1234.
(2) Concetto largamente svolto (v. il cap. I).
(3) Cod. civ., a. 987.
(4) Cod. civ., a. 1422.
(5) Cod. civ., a. 2054 e segg.

Digitized by Google

lascia intatte le cause di prelazione già esistenti rispetto al patrimonio, alla garanzia comune (1).

172. A lato di questi mezzi conservativi generali, esistono difese speciali per alcuni privilegi, e la ragion dell'eccezione consiste nella virtù dei precedenti storici; a quel che nella legge odierna è semplice privilegio, era attribuito il carattere di garanzia reale: e l'azione che è vestigio della passata entità giuridica dell'istituto, si riduce ad essere un mezzo conservativo col quale si mantiene nel patrimonio del debitore quella cosa, o quelle cose, su cui si potrà in seguito esercitare il privilegio. Tale è il carattere dell'azione conceduta al privilegio per i crediti dipendenti dal contratto di locazione (2): non esprime il contenuto del diritto d'ipoteca, e quindi il potere d'inseguir la cosa, com'è oggi inteso, e ricorda assai davvicino il concetto del Salviano, e dell'azione reale ipotecaria. Il creditore conserva con questo mezzo le cose su cui eserciterà il privilegio: sebbene l'espediente di dare all'azione il carattere d'atto conservativo, non tolga che nell'istituto rimangano bene rilevati i termini della garanzia.

Le ricerche fatte su questo privilegio speciale (3), dichiarano qual sia l'entità giuridica dell'azione che gli è unita; e mostrano che non si può connetterla, quasi specie a genere, all'azion rivendicatoria conceduta eccezionalmente per i mobili corporali, ed i titoli al portatore (4): onde la impossibilità di applicar qui i provvedimenti ordinati per l'acquisto di mobili seguìto in fiera (5). L'azione consentita al locatore a difesa del suo privilegio è mezzo conservativo eccezionale, che, male armonizzando con l'entità del privilegio, non può essere conceduta in termini diversi da quelli ai quali è ristretta la concessione: e questo principio dichiara agevolmente alcune difficoltà, sorte relativamente alle cose che vengono nell'azione, al tempo e ad altri termini dell'esercizio di essa.

---

(1) Cod. civ., a. 2063.

(2) Cod. civ., a. 1958, 3°.

(3) V. il cap. preced., § 1.

(4) Cod. civ., a. 707.

(5) Cod. civ., a. 709. Ma v. DURANTON, op. cit., XIX, n. 100; AUBRY et RAU, op. cit., § 261; VALETTE, op. cit., I, 67; PONT, op. cit., I, 131; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, 55 (p. 135). V. per la giurisprudenza, la n. 1 a pag. 361.

Digitized by Google

S'intende anzitutto, che le cose cui non si può estendere il privilegio non cadono nell'azione instituita a proteggerlo; e come la prelazione non è accordata sul valore delle cose non introdotte nel fondo per fornirlo, o quali strumenti necessarî alla coltivazione, così il conduttore può asportarle dal fondo, nè il locatore ha diritto di valersi del diritto eccezionale d'inseguimento; ond'è, che se fosse tolto in affitto un campo soltanto per farvi pascolare animali riuniti in gregge, o branco, o pure isolati, non potendosi essi considerare qual *mezzo* necessario per avere il godimento del fondo, nè concorrendo perciò a fornirlo come strumento di cultura, non cadono nel privilegio e non sono oggetto dell'azione (1). Parimenti, può avvenire che alcune cose cadano nel privilegio, e non nell'azione: questo provvedimento che ha il carattere di nuova eccezione all'eccezione principale, è ordinato in considerazione della qualità e della destinazione delle cose: i frutti e le derrate provenienti dal fondo son cose destinate ad essere alienate per mettere l'affittuario in condizione di pagare il fitto garantito dal privilegio, e le più volte, son pure destinate al consumo immediato, che si può anche manifestare mediante una trasformazione immediata (2). Certo, se si dovesse argomentare logicamente l'entità dell'azione dal privilegio che ne è protetto, questa eccezione non si potrebbe dichiarare agevolmente; ma è da tener sempre il principio fondamentale in materia di privilegio, beneficio accordato dal legislatore secondo la

---

(1) Cons. Trib. Gray, 3 marzo 1885 (*D. p.* 1886, 3, 94). Cfr. tuttavia Cass. di Napoli, 24 sett. 1892 (*Mon. d. Tr.*, 1893, p. 186): Cass. fr., 22 marzo 1893 (*J. du P.*, 1893, 1, 353, e la n. di TISSIER), che argomenta dalla destinazione del fondo, e dal concetto che il privilegio si estende alla cosa introdotta per goderne secondo la destinazione di esso. Ma questa dichiarazione (che pure non contraddirebbe al fondamento qui dato al privilegio del locatore) non risponde alla legge che bada alla *destinazione della cosa introdotta nel fondo per fornirlo*; tant'è che la stessa dottrina antica non estendeva a questi mobili la tacita ipoteca. Altro è ricercare se rispetto al bestiame non s'abbia il privilegio derivante dal n. 7 dell'art. 1958; tale era il concetto accolto da alcuni scrittori di diritto comune (v. ZANCH., op. cit., ex. 2, § 6, nn. 76, 77), ma osterebbe la mancanza del possesso onde ha esistenza questo privilegio. Rimane l'*a. de in r. v.*, secondo la teoria generale esposta.

(2) Cfr. tuttavia Cass. Napoli, 4 marzo 1890 (*Foro it.*, 4890, 1, 701); e su questa sentenza cons. CHIRONI, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 1891, f. 1, p. 2. Cons. pure PONT, op. cit., I, 131; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 433; POCHINTESTA, op. cit., I, 52; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, 55. XXV. C. d'A. di Amiens, 4 dic. 1886 (*J. du P.*, 1888, 1, 715).

Digitized by Google

estimazione ch'egli ebbe della qualità del credito, e in quella misura in cui si contiene il suo giudizio. Ed il favore conceduto alla causa della locazione non doveva mutarsi in angaria avverso al debitore, ponendolo, per voler troppo estendere il vantaggio del locatore, nell'impossibilità di procurarsi i mezzi di pagare il debito. Nè il creditore *può* sequestrare i denari dovuti all'affittuario per la vendita di questi frutti, surrogando (1) alla cosa il prezzo.

173. L'azione non s'ha quando il privilegio sia estinto: quindi, a parlar propriamente non si può qui parlare di estinzione dell'azione: il qual termine suppone ch'essa abbia avuto nascita. Perciò, se i mobili fossero trasportati dalla casa o dal fondo locato con l'assenso *espresso* o *tacito* dal locatore, non si dà l'azione: il consentimento espresso, o la non opposizione al trasporto seguita con la scienza del locatore, sono fatti inducenti la esistenza della sua rinuncia al privilegio (2). Ma si badi a non confondere il concetto della rinunzia che s'induce dalla scienza, con la remissione propria, a modo da ritenere che si debbano adottar qui nel caso di consenso *espresso*, le forme della remissione, osservando i limiti di valore della prova testimoniale (3): qui si bada al solo fatto della ***scienza,*** e sebbene da questa s'induca la rinuncia al privilegio, è per sè sufficiente ad impedire che nasca l'azione. La *scienza* è considerata direttamente in relazione a tal effetto (4).

Oltre che nel fatto del consenso espresso, anche verbale, la scienza esiste per virtù del fatto inducente l'esistenza del consenso tacito: il quale si ha sempre quando il trasporto sia avvenuto in modo tale, che il proprietario poteva averne notizia nel momento in cui è stato compiuto, e non vi si è opposto. Non è mestieri di avvertire che la scienza del rappresentante vincola il proprietario rappresentato: ma tal rappresentanza così efficace non esiste quando il proprietario

(1) Il creditore può sequestrare questa somma, come creditore, ma non come creditore privilegiato; il privilegio è estinto con l'uscita della cosa, ed il valore fa parte della garanzia comune ai creditori tutti.

(2) Cons. LAURENT, op. cit., XXIX, 445.

(3) Cod. civ., a. 1341.

(4) Non correttamente s'insegnò che l'assenso val convenzione per liberare i mobili dal privilegio; opera della legge, ed esistente mediante l'*illatio*, cessa per il fatto contrario: la scienza del locatore è termine che, per la rinuncia implicita, toglie il diritto di agire per la tutela del diritto derivante dalla legge, non dalla volontà del conduttore. Cfr. PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, 57 in f.

Digitized by Google

abbia nella casa un servitore od altra persona incaricata della sorveglianza; perchè la rappresentanza è qui limitata in modo che chi la esercita non può con un atto di volontà sua diminuire i diritti del suo rappresentato [*rappresentanza generale*, in senso *generico* (1)]. Non si può qui argomentare in modo diretto dalla rappresentanza nel possesso, e dall'effetto che relativamente alla perdita può avere il fatto del rappresentante; ma argomentando dall'istituto ampio che comprende in astratto tutte queste forme speciali, s'osserva che la *rappresentanza in genere* non dà al rappresentante il diritto d'agire contro lo scopo della sua funzione (liberazione dal privilegio) in modo da obbligare il rappresentato. Si potrebbe dire, dichiarando ancor meglio il concetto della rappresentanza, che si tratta di rappresentanza contenuta nel fatto, e limitatamente al fine che vi è contenuto.

L'azione è estinta, quando non sia stata esercitata entro il termine stabilito (2): che è di quaranta giorni per i mobili di cui fosse fornito il fondo rustico, di quindici per quelli che fornissero la casa (3): termine computabile sempre dal giorno del trasporto, senza che il locatore possa eccepire l'impiego di mezzi frodolenti adoperati dal conduttore per impedire che egli potesse aver notizia del fatto. S'è insegnata è vero, la teoria contraria (4); ma pur lasciando da parte la grave difficoltà di determinare con un criterio generale l'entità dell'atto fraudolento, basta si osservi come la eccezionalità stessa del provvedimento debba vietare d'interpretar la legge in modo da prolungare la durata di un fatto che contraddice ai principî ricevuti sul possesso delle cose mobili. Se ne occorrono i termini, può il locatore valersi dell'azione revocatoria per frode, e scansare così il danno che gli può derivare dall'atto del conduttore; ma l'azione dev'essere esercitata assolutamente entro il termine ordinato dalla legge, e che è, per le cose dette, al tutto improrogabile (5).

(1) V. su questa figura CHIRONI, *Istit. di D. C.*, I, § 74.

(2) Cod. civ., a. 1958, 3° cit.

(3) Con le forme del sequestro conservativo (C. pr. civ., a. 924), perchè conservativa è quest'azione detta rivendicazione con termine non proprio. Cfr. tuttavia sulla non necessità di tal forma, Cass. Napoli, 27 febbr. 1889 (*Gazz. proc.*, XXIII, 110); App. Casale, 28 nov. 1889 (*Giur. Casale*, 1890, 14).

(4) AUBRY et RAU, loc. cit.; LAURENT, op. cit., XXIX, 444; TROPLONG, op. cit., I, 161. Ma cfr. VALETTE, op. cit. I, 67; PONT, op. cit., I, 131.

(5) Nè rileva se il conduttore trasporti altrove i mobili, col fine non di privarsene, ma di sottrarli al privilegio. Il locatore potrà agire, decorso il termine or-

Digitized by Google

L'azione del locatore è estinta affatto, od è soltanto modificata, secondo il tempo in cui il terzo acquistò il diritto sulla cosa soggetta al privilegio. Perchè se l'acquisto ebbe luogo prima del trasporto, l'atto è al tutto inefficace contro il privilegio: non è che qui si debba argomentare dall'esistenza di diritto reale a favor del locatore, o del possesso ch'egli abbia della cosa, essendo i due supposti estranei al concetto odierno dell'istituto, e non giovando d'altra parte, in modo alcuno a spiegare la distinzione posta per il tempo dell'acquisto. Nè la ragion della legge sta nella presunzione della buona fede del terzo, desunta dal fatto di aver acquistato posteriormente al trasporto; per costruire così, sarebbe necessario considerare l'azione conceduta al locatore come specie dell'azion di rivendicazione consentita in via di eccezione al proprietario della cosa mobile rubata o smarrita: ma a parte l'inutilità della buona fede, la costruzione non procede correttamente, perchè, secondo è stato avvertito (1), il diritto del locatore non è *reale;* ed a questa prima osservazione risponde l'altra, rilevantissima, del termine nel quale si può esercitare l'azione (2) che s'ha nell'ipotesi or descritta. Nè vuolsi tacere che male qui si argomenterebbe per analogia da quanto è ordinato per l'azion di rivendicazione, perchè il locatore non ha il possesso delle cose su cui gli spetta il privilegio.

---

dinato per l'azione *eccezionale* della rivendicazione, in virtù dell'obbligazione spettante all'*inquilino* (Cod. civ., a. 1603); ma questo potrà opporre nella specie la sufficienza dei mobili esistenti nella casa locata a garanzia del locatore. Eccezione non possibile rispetto all'azione di rivendicazione, secondo s'è già osservato a suo luogo.

Se fosse in corso un pignoramento (Cons. Trib. Bologna, 28 dic. 1888 in *Riv. giur. bol.*, 1889, 30), il locatore deve provvedere a conservare il suo diritto con le forme ordinate dalla legge di procedura.

(1) Altra è dunque la ragion di quest'azione da quella ch'è propria all'azione di rivendicazione vera, sebben limitata com'è nell'art. 707 del Cod. civ. La qual diversità spiega bene perchè le norme statuite per il caso di acquisto di cosa mobile avvenuto in fiera od altro luogo pubblico, non s'applichino alla specie, ed al locatore spetti il diritto ampio di agire per la conservazione del suo privilegio. Cons. Cass. fr., 30 ott. 1888 (*D. p.*, 1889, 1, 61); 10 luglio 1889 (*D. p.*, 1890, 1, 392), che non dà diritto di opporre all'azione la domanda di rimborso delle spese fatte per la custodia ed il mantenimento degli *animali* rivendicati. Ma è da osservare, per le cose dette nello studio sul concorso dei privilegi, che questo rimborso è privilegiato in modo da dover superare quello del locatore. Cons. App. Nancy, 6 dic. 1884 (*J. du P.*, 1885, 1, 707). Cfr. tuttavia gli Aut. cit. nella n. 5 a pag. 357.

(2) Cod. civ., a. 2146.

Digitized by Google

Onde par da respingere il fondamento di questa costruzione; che poi non chiarisce nè determina la presunzione della mala fede nell'acquisto anteriore al trasporto, e della buona fede per l'acquisto seguìto posteriormente. Anzitutto, non v'ha sempre rapporto efficace di causalità tra l'esistenza della mala fede, ed il fatto che l'acquisto è avvenuto prima del trasporto; ma, argomentando pure dalla considerazione che l'acquirente non poteva o non doveva ignorare la condizion della cosa, perchè vedendola, o dovendola vedere prima di contrattarla, aveva modo di sapere se l'alienante abitava in casa presa ad affitto, e s'era in regola per il pagamento del prezzo; rimane sempre a conoscere, se questa presunzione è affatto assoluta, o pure se l'acquirente possa dimostrare la buona fede. Dalla lettera della disposizione, par ch'emerga il concetto del divieto di tal prova; si avrà la stessa risoluzione nel caso opposto? Se la buona fede è presunta nell'acquisto avvenuto posteriormente al trasporto, il locatore potrà combattere la presunzione, e provare la mala fede dell'acquirente? Al che si dovrebbe rispondere affermando; perchè se nel primo caso, le considerazioni di fatto son così gravi da poter accogliere il concetto di presunzione assoluta, nel secondo la mancanza di essa per la non esistenza dei mobili nella casa locata, non esclude in via assoluta la possibilità della mala fede.

Si ha dunque, che il fatto dell'acquisto avvenuto prima del trasporto è termine essenziale per la concessione dell'azione: e che a questo elemento non si può connettere con molta esattezza la considerazione della buona fede. Posto ciò, lasciando da parte il secondo concetto, bisogna dichiarare il primo con altro elemento, il quale non può essere tratto se non dall'entità stessa del *privilegio:* che vien meno per il fatto dell'uscita della cosa dal patrimonio del debitore; e qui cessa per il solo fatto dell'uscita di essa dal luogo che serve a determinare quella parte *speciale* di patrimonio cui è ristretto il privilegio del locatore (1). L'elemento della

(1) Come l'*illatio* determina l'esistenza del privilegio, così, di regola, l'*ablatio* ne segna la fine; ma nell'intervallo nessun atto di disposizione può ledere il privilegio, che investe tutta la cosa *illata*, stante la permanenza del fatto ond'ebbe nascita. Dalla qual costruzione si potrebbe dedurre che l'atto di disposizione compiuto prima dell'*ablatio* è valido per sè, sebbene non autorizzi l'acquirente a levar la cosa; ma che s'egli ne acquista il possesso in seguito, non gli può essere tolta. La conseguenza non è giusta; perchè si darebbe così effetto ad un atto dichiarato inefficace rispetto al locatore stante la virtù del suo privilegio; anzi, si potrebbe

Digitized by Google

buona fede può aver contribuito a costituire il concetto posto nella legge; ma è un'azione lontana, e quasi trascurabile nella costruzion della teoria.

L' entità dei diritti acquistati dal terzo posteriormente al trasporto, dichiara le sorti del privilegio attribuito al locatore. Se il diritto contiene la proprietà della cosa, s'intende che l'azione sarà al tutto estinta; se invece è un diritto di obbligazione contenente il godimento (p. es. comodato), o la sicurtà reale (pegno), l'azione del locatore varrà a che il terzo, estinto che sia il suo diritto, rimetta, la cosa nel luogo per cui è circoscritta l'estensione del privilegio. In quest'ultima ipotesi, la cosa non è uscita dal patrimonio generale del debitore, sebben lo sia da quella cerchia in cui si contengono le cose sottoposte al privilegio; perciò il creditore privilegiato ha diritto di farvele rientrare; altrimenti, il debitore potrebbe col fatto suo diminuire, ed anche inutilizzare il diritto del creditore, pur conservando la cosa che, per il fatto dell' introduzione nella casa locata, era rimasta sottoposta al privilegio. E s'avverta, che nel fatto dell' introduzione si può rilevare l' adempimento dell' obbligazione impostagli di fornire la casa locata di mobili per garanzia del locatore.

Anche il privilegio per le spese di trasporto, di dogana e dazio, non s'estingue sempre se la cosa è stata consegnata: perchè s'esiste ancora presso il consegnatario, il creditore può agire entro il termine di tre giorni dalla consegna, a fin di riavere gli effetti sui quali potrà esercitare la prelazione (1). La ricerca sulla ragione e l'estensione di questa difesa speciale, si connette a quella sulla ragion del privilegio: se cioè sia il criterio generale della *versio in rem,* in conseguenza del vantaggio che la causa comune dei creditori ritrae dal credito favorito: oppure il tacito pegno. Perchè a taluni tra i dottori francesi è parso che secondo la tradizione si dovesse giustificare il privilegio col primo concetto, e perciò l' uscita della cosa di

---

ben dire, che l'*ablatio* è stata determinata da un atto violatore del suo diritto, legittimamente esercitato mediante la permanenza della cosa nel fondo o nella casa locata; quindi l'azione contro la offesa patita.

(1) Cod. civ., a. 1958, 9°. Il privilegio cui si riferisce questo termine, sarà studiato nella parte speciale, contenendovisi l'elemento del pegno, sebbene non in modo principale; s'è qui accennato a tal termine, soltanto a fin di dare un'idea generale e compiuta delle difese date al privilegio.

Digitized by Google

mano del vettore non desse pregiudizio all'esistenza del suo privilegio; altrimenti avviene secondo il diritto patrio, che lo fa derivare dal possesso (semplice) della cosa. Ma badisi: occorre qui l'osservazione esposta nel dire in generale la natura giuridica del privilegio, che non tutti i privilegi fondati sul concetto di pegno hanno eguale entità, essendovene di quelli in cui il pegno non esiste per sè, nè espressamente nè tacitamente; ed è soltanto termine di esistenza della prelazione. Se qui s'argomentasse dal pegno, non si potrebbe intendere la concession dell'azione nonostante la consegna seguìta volontariamente; e costruendo non più su questo concetto, ma sull'utilità recata col credito favorito anche agli altri creditori, avviene per eccezione che il privilegio non s'estingue quando la cosa sebbene uscita da quello stato di fatto non necessario per l'esistenza del privilegio, è sempre nel patrimonio del debitore. L'eccezione, della quale, per altre ragioni, s'è avuto pur esempio nel privilegio del locatore, dà al privilegio del vettore come due fondamenti d'indole diversa, e di cui il primo (pegno) è più ristretto del secondo (*versio in rem*); perciò, e per la natura sua, s'intende la restrizione del termine entro il quale si deve esperimentare l'azione.

Con la quale non si tende a riavere il possesso (generico) della cosa; non vi è analogia vera tra questa difesa, e quella conceduta al proprietario di cosa mobile venduta e non pagata (1), che è rivendicazione propria; e non ve n'è pur con l'altra consentita al locatore, il quale mira a riporre le cose nello stato in cui erano prima del trasporto non consentito, in vista della possibilità di dover

---

(1) Cod. civ., a. 1513. Si è già avvertito, nel fare il confronto tra l'azione di rivendicazione spettante (in modo, se non eccezionale, assai ristretto) al proprietario di cosa mobile, e la rivendicazione data al locatore, che questa era soltanto misura conservativa; si presume (la rivendicazione è qui conseguenza o manifestazione del difetto di *causa*, intesa nel senso già dichiarato) che la proprietà non sia ancor passata all'acquirente. Potrà la locuzione dar idea di un diritto sulla cosa spettante al locatore; ma, sebbene la storia giustifichi tal concetto, è certo che il locatore non ha nel diritto odierno l'ipoteca per non idoneità della cosa, e non il pegno mancandogli il possesso dell'oggetto. Nè d'altra parte il privilegio è diritto reale; lo si è dimostrato di già, e si può ben aggiungere che se avesse tal qualità, la rivendicazione dovrebbe darsi secondo i termini coi quali quest'azione è data a chi ha dritto reale sulla cosa mobile (Cod. civ., a. 707 e segg.). Altro è invece il sistema della legge; altro il concetto del privilegio, che di regola s'*estingue* sol per l'uscita della cosa dal patrimonio dell'obbligato.

Digitized by Google

esercitare il privilegio se il canone non sarà pagato. Qui l'azione tende soltanto a conservare il privilegio, ma il vettore ha il diritto di chiedere che la cosa sia posta sotto sequestro (1).

§ 3.

Estinzione del privilegio.

SOMMARIO. — **174**. Nozioni generali. — **175-176**. Novazione; riserva. — **177-178**. Assunzione di debito. — **179-180**. Estinzione per fatto del creditore. — **181-183**. Estinzione per non fatto del creditore.

174. Dall'estinzione vera del privilegio è necessario distinguere la trasformazione dell'oggetto cui si riferisce: nella sostituzione, o surrogazione oggettiva, si ha un cangiamento il quale non influisce sull'entità giuridica dell'istituto; ed avviene l'estinzione perfetta quando nessuna sostituzione oggettiva è possibile, o se possibile da principio, è poi venuta meno per i motivi generali che inducono la fine del privilegio, o per motivi speciali. Sempre quando entri nel patrimonio del debitore e nel luogo della cosa cui si riferiva il privilegio, il diritto di ottenere un valore, e su questo la legge consenta la surrogazione, il credito privilegiato non perde la prelazione che dalla cosa si trasporta sul valore dovuto; ma è necessario che per conservarla il creditore eserciti la sua azione prima che questo valore sia versato nelle mani del debitore, perchè seguito questo fatto, il valore è confuso nel patrimonio, e non essendone possibile la distinzione, la specializzazione, il privilegio s'estingue.

175. L'estinzione del privilegio può avvenire a causa dell'estinzione del credito; oppure indipendentemente da questo fatto, in modo che il credito continua ad esistere, ma, perduta la prelazione entra nel novero dei chirografarî semplici. Si estingue estinto il credito, perchè ne è *qualità*, ne è veramente un termine acces-

(1) L'*azione* di cui è parola nella legge è l'azione tendente al pagamento del credito, e per essa si conserva il privilegio. Conservato il diritto, s'intende che per *conservar* la cosa, la garanzia, si può ricorrere al sequestro conservativo, il quale, esercitato com'è da un creditore privilegiato, conserva il credito con il privilegio che gli è unito.

Digitized by Google

sorio: qualunque sia la causa che influisce sulla *esistenza* del credito così da estinguerlo, la fine del rapporto di credito induce la fine del privilegio. Non è dunque a distinguere, se il credito abbia fine per effetto del pagamento o di altra causa: la compensazione, che nella legge odierna ha valor di pagamento, e per virtù di legge estingue i rapporti rispettivi di credito e di debito fino alla quantità in cui s'equivalgono, pon termine al privilegio se la estinzione del credito è totale; eguale effetto ha la novazione, nè rileva se l'estinzione del credito sia avvenuta per mutazione soggettiva od oggettiva, quando in conseguenza di essa il rapporto antico ebbe fine (1). Su questa causa, è necessario avvertire una grave ragion di dubitare avverso il provvedimento (2) che consente al creditore di riservare espressamente nell'atto (3) i privilegi del credito anteriore, se la novazione è avvenuta per la sostituzione di nuovo credito; qui il privilegio avrebbe quasi l'entità giuridica di diritto di garanzia, separabile dal rapporto al quale era unita originariamente per garantirne uno diverso (4). Invece, considerandolo come *qualità* del credito, non si può intendere la possibilità che questa sopravviva al rapporto cui accedeva; nè par corretto che la *volontà* delle parti inefficace a dar nascita al privilegio, creazione al tutto della legge, ottenga questo risultato col mezzo della riserva intesa a trasportare la ragion della prelazione da un credito ad un altro, che per sè sarebbe soltanto chirografario.

Ben corrisponde alla natura del privilegio il divieto che i privilegi e le ipoteche primitive del credito si trasferiscano sui beni del nuovo debitore, per la novazione effettuata a causa di sostituzione di un nuovo debitore (5); a differenza della cessione, qui la novazione soggettiva toglie affatto il rapporto originario, e questo estinto, lo sono del pari i privilegi e le sicurtà reali che gli erano unite. E neppure fa opposizione il divieto che seguita la novazione

---

(1) Quando vi è novazione, non è a distinguere se questa sia soggettiva o pur oggettiva; basta che per la novazione sia mutata e quindi estinta la obbligazione anteriore.

(2) Cod. civ., a. 1274.

(3) Perchè altrimenti la riserva verrebbe ad estinzione operata, nè ciò è possibile (D. DEMOLOMBE, *Tr. d. obl.*, V, 344).

(4) Cons. COLMET DE SANTERRE, op. cit., V, 226 *bis*; LAURENT, op. cit., XVIII, 330; DEMOLOMBE, op. cit, V, 342.

(5) Cod. civ., a. 1275.

Digitized by Google

con uno dei debitori in solido, s'estenda la riserva dei privilegi e delle ipoteche costituite per il credito anteriore oltre i beni di chi contrae il nuovo debito (1): specialmente se fosse convenuto di concentrare tutta l'obbligazione nella persona del solo debitore che ha contrattato.

Si può osservare anche qui quel che s'è notato dianzi; la novazione è seguìta: un nuovo rapporto di debito è sostituito all'antico, e mal s'intende come sia possibile di attribuire ad un credito, per la sola volontà delle parti, una qualità, una causa di prelazione legalmente connessa ad un altro. Pure, malgrado il notevole malgoverno del concetto di *privilegio*, non si può contestarne l'esistenza *legale* nella riserva permessa dalla legge; in tal permissione consiste la sua legittimità, e si può compiere ora la nozion del privilegio, dichiarandolo causa di prelazione estimata dalla legge e perciò connessa strettissimamente al credito, *all'infuori di alcuni casi, in cui la volontà delle parti può, consentendolo la legge, disporre altrimenti.* A che si deve attribuire questa deviazione dai principî? Non certamente, a errato giudizio sull'entità della novazione; ma al fatto, che nei lavori di diritto anteriori alla codificazione francese, la riserva intesa nel senso esposto, era studiata per l'*ipoteca* (2); la nozion del privilegio *reale*, e la sua relazione con la sicurtà reale propria, determinò poi il concetto di accomunare nel diritto odierno le sorti del privilegio e dell'ipoteca nel caso di riserva fatta nella novazione, senza osservare, che se la separabilità è conforme alla natura del ipoteca, altrettanto non può dirsi del privilegio.

176. Questa indagine, e la conseguente posizione dei principî, son di grave momento, perchè dànno modo di risolvere esattamente due questioni non indagate con la profondità necessaria. Si asserisce dalla maggior parte dei dottori (3), che nella novazione avvenuta

(1) Cod. civ., a. 1276.

(2) POTHIER, *Tr. d. obl.*, a. 399.

(3) È disputa, se la riserva richiegga, per essere valida, il consenso del debitore antico, o pur no. E a molti pare non sia necessaria, perchè qui, come nel caso già esaminato di novazione soltanto oggettiva (v. il n. preced.), la riserva è conservazione non creazione di garanzia (AUBRY et RAU, op. cit., § 324; COLMET DE SANTERRE, op. cit., V, 236 *bis*, III); e non par teoria accoglibile, perchè l'antico debitore liberato dall'obbligazione, libera perciò i suoi beni della sicurtà. Onde la necessità del suo consenso, secondo pare ad altri dottori (LAURENT, op. cit., XVIII, 331).

Digitized by Google

per la sostituzione di nuovo debitore, la riserva dei privilegi e delle ipoteche ch'esistevano sui beni del debitore antico può essere fatta validamente; si afferma pure, che mediante convenzione su questo punto, si possano anche trasferire sui beni del nuovo debitore le ragioni di prelazione connesse al rapporto novato (1). Con queste risoluzioni, la dottrina aumenta la contraddizione, già rilevata, al concetto di privilegio; ma se in alcuna delle ipotesi esaminate non si può dubitare della legittimità della riserva perchè autorizzata dalla legge, arbitra di concedere come stima la causa di prelazione; nella interpretazione poi non si possono estendere questi concetti eccezionali, ed è doveroso argomentare da quelli che sono proprî alla natura dell'istituto. Perciò, si deve anzitutto distinguere il privilegio dall'ipoteca; e se per questa s'intende la possibilità di riservarla sui beni del debitore antico, consentendovi egli, perchè la garanzia reale può essere costituita da una terza persona: egual cosa non si può asserire del privilegio. E se è possibile di convenire che le ipoteche primitive del credito siano trasferte sui beni del nuovo debitore, specialmente designati, talchè l'onere reale sia opponibile ai terzi dal giorno della iscrizione, è certo che egual cosa non può dirsi del privilegio, perchè è estinto il credito al quale era connesso per la estimazione fattane dalla legge.

177. Quest'ultima affermazione concede di studiare ora una difficoltà che è relativa all'esercizio del privilegio. Perchè la ragion di decidere è dedotta dal fatto che il credito originario è estinto, e quindi non si può concedere la legittimità della riserva del privilegio che gli era unito sui beni dell'antico debitore; ma se la sostituzione del nuovo all'antico debitore s'operasse, senza indurre novazione, qual sarebbe la decisione? non dovrebbe essere diversa, per la opposizione in cui sono i termini dei due ragionamenti?

La difficoltà è più ampia di quella che non paia alla prima; si connette essenzialmente alla ricerca sulla validità dell'assunzione di debito altrui, intesa come atto corrispondente, in senso opposto, alla cessione del credito, sebbene le due forme giuridiche siano espressione di un criterio al tutto identico. Le cose largamente esposte sull'entità giuridica dell'obbligazione (2), concederebbero

(1) V. il n. preced. in pr.
(2) V. il cap. II.

Digitized by Google

di porre su questo punto la teoria che l'obbligazione non muta per la sostituzione della persona che ne è originariamente il soggetto attivo o passivo; la dottrina per cui nella obbligazione si dà rilievo quasi unicamente al vincolo del debitore (1), non parrebbe interamente vera, ma esprimerebbe già il concetto qui studiato di *alienazione* di un valore contenuto genericamente nel patrimonio. Ora, nulla vieterebbe che astraendo si possa intendere rimanga intatta, integra l'entità di quest' alienazione, malgrado il cangiamento avvenuto delle persone tra cui originariamente era sorta: il valore patrimoniale non muta nonostante questo fatto, e s'avrebbe così la manifestazione più rigorosa ed estesa dal concetto fondamentale proposto. E se l'obbligazione considerata oggettivamente è valore contenuto nel patrimonio, ma che considerata in astratto può stare per sè, è affermare cosa conforme alla sua natura che nell' entità giuridica ond'è costituita vengano tutti gli altri rapporti patrimoniali che le si connettono.

Enunciata così genericamente, la risoluzione parrebbe corretta assai, e rispondente alla entità della obbligazione: ma esaminati meglio e distinti questi rapporti che possono accedere all'obbligazione, è certo che se la dottrina sta per la garanzia reale, la quale per natura sua può essere separata dal rapporto al quale accedeva in origine e unita ad altro, altrettanto non si può dire del privilegio. Pare strano che la obbligazione esista rispetto al patrimonio del nuovo debitore, e sul patrimonio dell'antico rimanga il privilegio che non è diritto reale, e qualifica soltanto un rapporto personale che non vi è più dopo avvenuta l'assunzione del debito. Pure, se la teoria esposta su questo istituto e sulla modificazione dei termini dell'obbligazione fosse vera, la conseguenza non dovrebbe aver nulla di ripugnante ai principî; e come è troppo evidente la dissonanza di essa dal concetto del privilegio, e dalla relazione che è fra questo ed il rapporto d'obbligazione, è mestieri di ricercare se l'errore non stia nella troppa ampiezza della dottrina formulata, e precisamente nella stessa costruzione dell'assunzion del debito.

Non è possibile di far qui la ricerca approfondita, quale esigerebbe

---

(1) V. su ciò le ricerche esposte studiando l'entità del titolo al portatore; e v. specialmente SAVIGNY, *Obligationenr.* (ed. cit.), § 13.

Digitized by Google

la gravità dell'argomento; e basterà tracciarne appena le linee. I fonti del diritto romano dichiarano in qual modo, conciliando nell'obbligazione i due termini di rapporto patrimoniale e di rapporto personale, fu concepita la possibilità di separare l'obbligazione nel suo risultato oggettivo dal termine soggettivo attivo, costruendo la dottrina determinata meglio più tardi col nome di *cession* del credito; nella figura dell'*azione utile* (1) era contenuto il vantaggio derivante dal credito al patrimonio del creditore, e che giuridicamente si poteva considerare come *diverso* dall'obbligazione; l'ingiustizia di tenere obbligato il debitore più volte per lo stesso credito, toglieva poi i danni che questa separazione, intesa esageratamente, poteva produrre. Così nel diritto romano la distinzione del risultato *oggettivo* della *obbligazione* dall'elemento soggettivo concorso a costituirla, venne intesa nei limiti corrispondenti alla entità dell'istituto; s'intese che la *prestazione* si poteva paragonare come risultato oggettivo alla cosa certa, definita qual parte materiale del mondo esterno, soltanto rispetto al creditore, perchè a favor di chiunque sia effettuata la natura sua non muta; e adoperando il concetto e la terminologia qui accolta, si potrebbe dire che l'alienazione di valore contenuta nell'obbligazione non cangia di entità (di regola), per il mutamento seguìto nella persona che l'aveva stipulata in origine.

La dottrina germanica andò oltre; e per amor del sistema, esagerò i termini della costruzione. Perchè parve, che data la possibilità di separare la obbligazione come risultato oggettivo dall'elemento soggettivo del rapporto, si dovesse dire per l'elemento soggettivo passivo quel che si diceva dell'attivo; e s'insegnò che come per la *surrogazione* del creditore la obbligazione non muta natura, egualmente avviene quando la surrogazione è fatta nella persona del debitore (2). Costruzione esagerata; se l'obbligazione è

---

(1) Sullo svolgimento del concetto di *cessione*, per cui avviene la sostituzione effettiva nel rapporto di obbligazione senza che questa ne rimanga alterata, v. CHIRONI, *Ist. di D. C.*, §§ 268, 269, e gli Aut. che cita. *Adde*, CHIRONI, *L'entità giuridica del titolo al portatore* (Torino, 1892), e gli Aut. quivi cit.; dov'è fatta la ricerca se il titolo al portatore si debba considerare storicamente qual espediente immaginato nella pratica ed accolto nella teoria, per vincere le difficoltà opponentisi ad accogliere il concetto di *cessione*. Cons. specialmente KUNTZE, *D. Obligat., u. Singularsuccess.*, §§ 8 e segg.

(2) V. KUNTZE, op. cit., § 76.

Digitized by Google

alienazione di valore, e se quest'*oggetto* può essere tenuto qual cosa *distinta, certamente definita* rispetto al creditore, altrimenti è considerata rispetto al debitore; il valore alienato è diffuso nel suo patrimonio, vi è contenuto genericamente, a differenza di quanto avviene per il diritto reale che cade su di cosa certa; perciò questa alienazione esiste mercè il *fatto* del debitore e si manifesta per mezzo di esso. La prestazione, l'alienazione non sono concetti che di regola (1) si possano separare al tutto dal fatto del debitore; la relazione che è nell'obbligazione è *patrimoniale*, ma s'effettua per via di questo fatto, e così s'intende la nozione data dell'obbligazione di alienazione da compiersi mediante il rapporto personale; e s'intende quel che pure è stato avvertito sulla prevalenza del vincolo personale rispetto alla relazion patrimoniale, almeno per l'elemento soggettivo passivo. La relazione non esiste soltanto rispetto al patrimonio per sè; non è il *patrimonio* che ha figura di debitore (2).

Certo, come per eccezione il vincolo personale può predominare sul patrimoniale anche rispetto al creditore, così il patrimoniale può prevalere al personale rispetto al debitore; il che avviene, quando si possa considerare il patrimonio, o la cosa cui si riferisce direttamente il debito, in modo al tutto distinto, separato dalla persona; ma in questi casi non s'ha *assunzione* di debito, successione vera al debitore originario nella stessa obbligazione, ma successione nella cosa dov'è contenuta e quasi materializzato il valore genericamente alienato. La dottrina germanica ha costruito la teoria esposta, fondandosi specialmente su queste ipotesi che hanno figura ben distinta dall'assunzione di debito; si avverta, che ai casi di alienazione totale o parziale del patrimonio (3), o di fondo ipotecato (4),

---

(1) La costruzione del diritto reale e del diritto di obbligazione, secondo è stato qui esposto (v. il cap. II), mette in rilievo questo concetto; dove è gran parte della dottrina del SAVIGNY (l. cit.) che nella obbligazione dà prevalenza all'elemento passivo (debitore). Il quale non può dunque sostituire a sè altro obbligato, e liberarsi senza o contro il consenso del creditore: l'obbligazione, per il rapporto avvertito, della *persona* con la *prestazione* dedotta nel negozio, rimarrebbe snaturata. Di qui le restrizioni apportate al concetto dell'assunzione del debito, dal Prog. del C. civ. german., § 315 (V. ***Motivi*** su q. §).

(2) V. la nota preced.

(3) Prog. di Cod. civ. germ., § 319. Vedi la nota seg.

(4) Prog. del Cod. civ. germ., § 318. In questi due casi non si ha assunzione vera di debito; nel primo (v. la n. preced.) il debito è contenuto nella *cosa* dedotta nel negozio di alienazione di tutto o parte del patrimonio, considerato quale

Digitized by Google

si può aggiungere tutta la classe delle *obligationes ob rem;* ma da questi rapporti speciali una larga estensione della teoria ricordata non potrebbe avere giustificazione alcuna (1).

178. La risoluzione proposta è motivata da considerazioni che si riferiscono strettamente al concetto dell'obbligazione. Potrebbe essere dedotta dalla necessità che il creditore non soffra, senza volerlo, una diminuzione della fiducia ch'egli ha nella persona del debitore, e ch'è per lui una specie di garanzia: e dalla sicurtà che gli è offerta dal patrimonio dell'obbligato. I quali due elementi si possono pur tenere come principali motivi onde il creditore ebbe spinta a consentire al contratto, e connessi così alla volontà entrano nel concetto di obbligazione: ma s'avverta che il motivo non è la causa del contratto; e poi, con questa costruzione non si studierebbe la possibilità dell'assunzion di debito come contraddicente all'entità della obbligazione, sibbene perchè lesiva dell'interesse del creditore; e si dovrebbe allora inferirne la possibilità di costituirla, quando non si dia svantaggio alla condizione del creditore, e perciò quando questi vi acconsenta (2). Ma costruendo così, non s'è avvertito che non s'argomenta più dai concetti fondamentali accolti sulla oggettività della obbligazione, separabile al tutto dall'elemento soggettivo: la necessità del consenso del creditore, perchè l'assunzione valga rispetto a lui, nega questa separabilità assoluta, mostrando la connessione dei due termini. Intesa così l'assunzione di debito ha quasi l'entità della novazione (3).

Nè hanno minor gravità le obbiezioni che avverso questo espediente si possono dedurre dalla condizion del privilegio che fosse congiunto al credito. Perchè riman sempre l'osservazione fatta, che se il rapporto non muta per la seguita assunzion di debito, il

---

entità a sè; nel secondo si può avvertire la funzion principale del rapporto di garanzia reale rispetto a quella garantito (personale), avvalorata dalla considerazione che l'acquirente presso il quale è il valore intero della cosa assicurata, ben si può assumere l'obbligazione di *dare* al creditore ipotecario quella parte di esso rispondente alla sicurtà. Sugli elementi della costruzione accolta nel § cit. del Progetto, v. i *Motiv.* (a q. l.), e cons. Roth, op. cit., § 309, III.

(1) Dell'entità di questa *obligatio* s'è già detto a lungo; il debito inerisce al dominio ed al godimento della cosa, nè vi ha quindi la figura dell'assunzione propria del debito altrui.

(2) Vedi la nota 1 della pag. precedente.

(3) Chironi, *Ist. di D. C.*, § cit.

Digitized by Google

creditore che vi ha consentito ha l'azione contro il debitore nuovo, e conserva il privilegio sulle cose dell'antico che vi erano soggette. Contraddizione evidente. Ma si può obbiettare, che il privilegio per la natura sua non può rimaner fisso su queste cose, e seguendo l'obbligazione oggettivamente intesa, si trasporta sulle cose di egual natura esistenti nel patrimonio dell'assuntore?

Si potrebbe rispondere, che a tal possibilità occorre esistano nel patrimonio di chi s'è assunto il debito cose di egual natura di quelle su cui cadeva il privilegio rispetto al patrimonio del debitore antico: e può darsi che non ve ne siano, e allora il privilegio non potrebbe esistere. Ma l'obbiezione non toccherebbe l'entità della costruzione avverso la quale è diretta; è assai superficiale; se di queste cose vi fossero non reggerebbe più, e poi avrebbe valore per i privilegi che si riferiscono a cose speciali non per i privilegi generali che abbracciando tutto il patrimonio in grado di verso secondo la varia natura delle cose, si potrebbero estendere senza inconveniente dall'uno all'altro patrimonio. E si avvertano pure due altre considerazioni onde pare agevolato il concetto di questo trasporto: se l'obbligazione si concepisce come relazione patrimoniale astratta, come alienazione di valore che non cade su cosa speciale, definita, ma sul patrimonio in genere, e se la sua entità consta di tutti i rapporti patrimoniali che le si uniscono, anche se non necessarî a costituirla; si ha, che questa oggettività tutta ideale non soffre alterazione in conseguenza del diverso patrimonio al quale si riferisce. E poi, anche se il privilegio speciale rimane sulle cose del debitore antico, non pare che debba derivarne grave inconseguenza: nei privilegi di questa specie entra per molta parte il concetto del pegno, che può ben essere costituito per garantire la obbligazione altrui.

La debolezza di questa seconda considerazione è ben chiara; se storicamente il pegno dà la ragion di essere dei privilegi speciali, nella struttura giuridica che essi hanno nel diritto odierno non ha molto rilievo: e in alcuni dove lo ha, ciò avviene soltanto in modo assai indiretto. Più grave è la prima; ma quando si ammetta che l'assunzion di debito richiede per essere valida il consenso del creditore, siccome si è avvertito che allora si cade nel concetto della novazione (1), così la difficoltà si dovrebbe risolvere secondo i cri-

(1) V. la n. preced.

Digitized by Google

terî proprî a questa; e si sa che i privilegi non si trasferiscono sui beni del nuovo debitore (1). Quando si accogliesse la costruzione dell'assunzione nel modo più lato, si potrebbe obbiettare, e vittoriosamente, che il privilegio non può trasferirsi senz'altro nel patrimonio dell'assuntore perchè la nascita di esso si collega, è vero, all' esistenza della obbligazione, ma la ragion sua è fondata tutta sull'effetto che quel credito ebbe rispetto al patrimonio del primo obbligato. È intimo il nesso tra il privilegio ed il patrimonio o la cosa cui si riferiva l'obbligazione in origine; nè il trasporto è possibile, ne è parimenti possibile rimanga su queste cose, perchè segue il credito. E così è più fortemente stabilita la critica fatta alla costruzione dell'assunzione di debito.

179. Il privilegio può rimanere estinto in seguito a cause speciali che influiscono separatamente su di esso, lasciando intatto il credito. Questo effetto è prodotto da un *fatto* del creditore cui appartiene il privilegio, o indipendentemente da esso.

Il *fatto* del creditore può essere considerato in relazione alla volontà sua o pure indipendentemente da essa; perchè il creditore può, volendo, separare dal credito la qualità di privilegiato, e rimanere così nella classe dei creditori semplici, chirografarî. Il potere che gli dà il diritto di credito, purchè abbia la capacità necessaria per disporne, lo autorizza a rinunciare al privilegio con atto unilaterale di volontà (2); la rinuncia può essere manifestata in modo espresso, od anche tacito (3), come avverrebbe s'egli avesse consentito alla vendita della cosa specialmente soggetta al privilegio e che è da lui posseduta, o rispetto alla quale potesse eccezionalmente esercitare un'azione conservativa. Di ciò s'ha esempio nei privilegi che per esistere richieggono direttamente o indirettamente il concetto del pegno (4), e nel privilegio del locatore dove la virtù del pegno è

---

(1) Cod. civ., a. 1279. V. su questa disposizione il n. 173.

(2) È controversia sul carattere dato qui alla rinunzia; ma pare teoria più corretta quella che lo ammette. V. CHIRONI, op. cit., § 54; App. Orleans, 29 nov. 1889 *J. du P.*, 1891, 1, 217).

(3) Arg. L. 4, § 1; L. 7 pr.; L. 8, §§ 10, 11, *D. quib. mod. pign.* (XX, 6); salva la riserva di ottenere sul prezzo il pagamento del credito privilegiato. Riserva che può seguire anche tacitamente Cons. Cass. di Torino, 8 giugno 1889 (*Legge*, 1889, II, 263). Quest'argomento sarà ampiamente svolto nella parte speciale.

(4) Secondo i risultati posti sull'entità del privilegio.

Digitized by Google

ristretta soltanto alla sua ragione storica. Di quest'ultimo, s'è già avvertito (1) come la scienza che il locatore abbia avuto del trasporto dei mobili soggetti al privilegio gli vieti di esercitare l'azione diretta a ricuperarli.

La natura giuridica del privilegio dichiara a quali casi s'estenda la possibilità di manifestare tacitamente la rimessione fatta consentendo di alienare; e cioè a quei privilegi che esistono fino a che il creditore possiede la cosa soggetta specialmente alla prelazione, o fino a che la cosa esista in un luogo determinato (2). Negli altri casi s'intende come non possa occorrere la figura della rimessione consentita tacitamente nel modo descritto, perchè il privilegio non contiene alcun rapporto reale con la cosa, ed il debitore può alienarla liberamente; nè ciò vuol dire che nella ipotesi ricordata il diritto reale entri a costituire l'entità del privilegio: indipendentemente da questo carattere, s'è argomentata la rimessione dal consenso del creditore a togliere quello stato di fatto in cui la cosa è rispetto a lui, e dal quale dipende l'esistenza del privilegio.

Eccezionalmente v'ha qualche caso in cui la consegna della cosa fatta volontariamente dal creditore, non induce la rinuncia del privilegio: ed avviene, quando questo fatto si possa spiegare in relazione all'indole, allo scopo del contratto, come s'ha nel privilegio del vettore (3). La regola e l'eccezione son qui applicazione del principio generale sulla manifestazione tacita della volontà, ch'esiste quando non sia possibile dare al fatto un significato diverso dal consentire quel dato rapporto giuridico.

180. Indipendentemente dalla volontà del creditore, s'estingue il privilegio in seguito all'uscita della cosa dal patrimonio del debitore; ne sia causa la *perdita* (4), come avviene anche se per mu-

---

(1) V. a pag. 359.

(2) Cod. civ., a. 1958, n. 6, 7, 8, 9, e n. 3, 4. La risoluzione esposta ha fondamento nella volontà tacita; e questa abbisogna del *fatto* che il creditore permetta *esca* la cosa dal possesso suo (pegno proprio ed improprio); o dal luogo in cui è effettuata l'*illatio* che ha determinato l'esistenza del privilegio.

(3) Cod. civ., a. 1958, n. 9. Vi si acccenna soltanto qui per coordinare i concetti necessari alla costruzione della teoria; lo studio del privilegio del vettore sarà fatto nel trattato speciale del pegno.

(4) Cass. fr. 25 apr. 1888 (*J. du P.*, 1888, 1, 1040); perciò, se il privilegio cade su di un credito, estinto questo rimane estinto il privilegio.

Digitized by Google

tazione avvenuta nella materia o nella forma, il diritto di proprietà del debitore si estingue, e nel suo patrimonio entra soltanto un'azione d'indennità (1); o se fosse tolta dal novero delle cose in commercio. S'estingue pure il privilegio se la cosa fosse escita in seguito ad alienazione: la regola così espressa risponde interamente al concetto del privilegio spoglio al tutto del carattere di realità; ma per intenderla e giustificarla è necessario coordinarla alle ricerche fatte.

Se il privilegio è mobiliare generale, l'alienazion della cosa la sottrae certo all'esercizio di esso: ma non cessa la prelazione, non riferentesi alla cosa mobile per sè come avviene nei privilegi mobiliari speciali, sibbene a tutto il patrimonio mobiliare: e siccome l'entità astratta di questa universalità non soffre per le mutazioni avvenute nelle unità singolari che la compongono, così il privilegio rimane integro, malgrado la cosa, per l'uscita sua dal patrimonio, ne rimanga liberata. Se poi il privilegio è mobiliare speciale, è necessario distinguere secondo i principî esposti (2): quando è privilegio connesso al pegno proprio, in modo che la prelazione è manifestazione vera del rapporto reale di garanzia (3), l'uscita della cosa dal possesso del creditore estingue il privilegio, soltanto quando sia opponibile la eccezione che il possesso val titolo per il terzo possessore di buona fede; negli altri casi in cui il pegno è la ragione indiretta del privilegio, l'uscita della cosa dal patrimonio ne produce la estinzione, perchè mancando il rapporto reale non è possibile concedere al creditore quell'azione limitata: nè, di regola, si deve distinguere secondo la buona o mala fede dell'acquirente (4). E nel privilegio del locatore, dove la ragion del pegno non

---

(1) Sulle mutazioni avvenute rispetto alla cosa, e che pur non tolgono il privilegio, v. quel che si dirà su questo argomento in materia di pegno. I principî sono identici.

(2) E cioè se il privilegio è manifestazione del pegno, chè allora trae forza da questo; o se il pegno è termine di esso che ha figu ra prevalente.

(3) Cod. civ., a. 707; non è dubbio, che il creditore pignoratizio si possa valere in difesa del suo diritto di garanzia reale, dell'azione rivendicatoria conceduta in termini assai stretti, rispetto alle cose mobili. V. Chironi, *Doni manuali* cit., e gli Aut. ivi ricordati.

(4) Se il privilegio non è diritto reale, non è possibile argomentare dello stato d'animo in cui deve trovarsi l'acquirente secondo le norme poste nell'art. 707 del Cod. civile. Quindi il solo *fatto* che determina l'estinzione di esso è l'uscita della cosa dal patrimonio, salve le eccezioni inerenti al pegno proprio, ed all'azione conservativa data al locatore.

Digitized by Google

ha qualità di termine essenziale, diretto od indiretto, l'estinzione dovrebbe derivare dalla modificazione che mediante l'*ablatio rei* è stata recata a quella parte speciale di patrimonio che si riferisce determinatamente alla garanzia (in genere) del locatore ; il quale ha tuttavia il mezzo di conservare la sua prelazione instituendo l'azione entro i termini stabiliti, senza distinguere se la cosa esportata si trovi ancora nel patrimonio del conduttore, o di un terzo che l'avesse acquistata prima del trasporto (1).

In questi casi, il creditore non per sè, chè la natura del suo diritto non glielo consente (2), ma derivatamente dal debitore (3), può esercitare l'azion di rivendicazione che potesse competergli nei casi sottratti al principio dell'efficacia del possesso sui mobili (4); e quando ciò non fosse possibile, per essere l'alienazione dipesa da fatto del debitore proprietario, può esercitare, se ne concorrono i termini, l'azione revocatoria (5).

181. I principî esposti non soffrono eccezione nell'applicazione che può esserne fatta ai crediti. Non è dubbio che il privilegio mobiliare possa avere ad oggetto un credito; e non solo se il privilegio è generale, chè allora s'estende a tutto il patrimonio mobiliare, ma anche se fosse speciale: e quest'ultimo caso s'avvera quando il privilegio non è veramente tale, sibbene prelazione inerente al pegno *(pegno di un credito)*, e quando ha la sua natura speciale, vera, come avviene per il privilegio conceduto agli operai che avessero contrattato direttamente con l'imprenditore, sulle somme dovute tuttora a questo dal committente dei lavori (6). Ora, è parso ad al-

---

(1) Su questi punti v. a pag. 364. Ed è evidente, come si dirà a suo luogo, la differenza da questo caso all'altro del vettore: il quale non ha l'azione conservativa, perchè la consegna della cosa è fatta in esecuzione del contratto, nè egli può revocare quel che giustamente ha fatto.

(2) Il privilegio non induce, con la realità un poter sulla cosa: onde la mancanza dell'azione. MERLIN, op. cit., v° *priv.*, sez. I, n. 10; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 6 *bis*, V.; AUBRY et RAU, op. cit., § 256; LAURENT, op. cit., XXIX, 438, 439; TROPLONG, op. cit., II, 414; PONT, op. cit., I, 414. V. Cass. fr., 11 nov. 1867 (*R. de Sirey*, 1867, I, 429); che dichiara estinto il privilegio dell'operaio, se l'imprenditore ha ceduto il credito.

(3) Cod. civ., a. 1234.

(4) Cod. civ., a. 708, 709.

(5) Cod. civ., a. 1235.

(6) Cod. civ., a 1645.

Digitized by Google

cuni scrittori (1), che la cession del credito fatta dal debitore non possa ledere il privilegio che vi avesse un creditore; cosicchè, il cessionario acquisterebbe il diritto limitato da questa prelazione. La dottrina non può essere accolta nella sua generalità, perchè contraddice gravemente ai principî: il privilegio non ha carattere di diritto reale sulla cosa, nè può quindi seguirla nel succedersi vario delle persone che esercitano il diritto di proprietà su di essa; all'infuori del caso speciale in cui il privilegio è soltanto manifestazione del pegno, chè allora s'ha veramente un rapporto reale nato col pegno del credito; e quando sia costituito con le forme legali, il cessionario vi sottostà, nè può valersi dell'efficacia del possesso di buona fede, vietandolo la incorporalità della cosa (2). Questa risoluzione, deriva logicamente dai principî generali esposti, nè può essere limitata in conseguenza della natura del diritto di credito, o secondo la specie del privilegio che può colpirlo.

Parrebbe, che la natura del diritto di credito, lo sottragga alle conseguenze che l'uscita della cosa dal patrimonio spiega d'ordinario rispetto al privilegio; che cioè l'estinzione di esso derivi dall'impossibilità di seguir la cosa presso i terzi acquirenti di buona fede (3), e perchè l'efficacia del possesso è limitata ai mobili corporali ed ai titoli al portatore, così la cessione del credito ne rimanga immune. A respingere questa risoluzione, basta avvertire quanto s'è più volte esposto dell'entità del privilegio; non la natura della cosa s'oppone al diritto di seguirla presso gli acquirenti successivi, ma il contenuto stesso dell'istituto, dove manca al tutto l'elemento della *realità*: eccezion fatta per quei casi in cui si rivela direttamente o indirettamente, e quindi più o meno estesa, la ragion del pegno (4).

182. Ragione che si rivela con molta virtù nel privilegio speciale (5) consentito al credito dell'imposta e sovraimposta fondiaria,

---

(1) GUILLOUARD *Tr. de louage* (II^e^ éd.), II, 896, e segg.; MIMEREL, in *Revue crit.*, 1853, p. 511; LABBÉ, in *Revue crit.*, 1876, p. 579 e segg.

(2) Arg. Cod. civ., a. 707. V. CHIRONI, monogr. cit. Nella costituzione del *pegno* proprio sul credito, le forme necessarie per dargli efficacia rispetto ai terzi, salvaguardano di necessità il rapporto (Cod. civ., a. 1881). V. BALLEYDIER in *Revue crit.*, 1886, p. 572 e segg. (nn. 44 e segg.).

(3) V. su questa considerazione, BALLEYDIER in *Revue crit.*, 1886, p. 533 (n. 38).

(4) V. il rinvio nella n. prec.

(5) Cod. civ., a. 1962.

Digitized by Google

sui frutti, fitti, e pigioni dell'immobile soggetto a tributo. Perchè se si vuol considerare il privilegio su questi oggetti come separati dal fondo, esso ha qualità mobiliare, e l'alienazione dei frutti, che è vera cession di credito nelle pigioni, li sottrae alla prelazione dello Stato o dell'amministrazione privilegiata; ma, se i frutti non sono separati o considerati come tali; se la cession della pigione o dei fitti non scaduti fosse fatta per un termine maggiore di tre anni, nè fosse trascritta (1); se l'alienazione dei frutti fosse avvenuta assieme all'immo-bile, il privilegio non s'estingue. Lasciando da parte la seconda di queste tre ipotesi, dove la ragion di decidere è tolta da un istituto speciale, la trascrizione (2), nelle altre due, la risoluzione è fondata sul rapporto che è tra i frutti e la cosa che li produce; nella prima, le sono uniti materialmente (3), nella terza il trasferimento della cosa è avvenuto *cum omni causa*, cosicchè l'elemento di realità che è nell'imposta fondiaria (4), e la importanza storica dell'ipoteca privilegiata del fisco (5), non perdono vigore. L'argomento parrà men buono per il credito delle pigioni e dei fitti, perhè l'acquisto del fondo non modifica la qualità nell'acquirente di cessionario di essi: e quindi la cessione dovrebbe avere per effetto l'estinzione del privilegio sui medesimi (6). La contraddizione non regge; la cessione non ha qui valore di atto separato, e si riferisce all'alienazione del fondo coi frutti, così naturali come civili, onde la permanenza del privilegio; nè altrimenti avverrebbe se la cessione fosse seguìta prima o dopo l'alienazione del fondo, o in pari tempo, ma con atto disgiunto, perchè si considera il credito come frutto unito al fondo sul quale a guisa di onere pesa il debito del tributo.

183. S'estingue il privilegio per il *non fatto* del creditore, s'egli non avesse esercitato entro il termine ordinato dalla legge l'azione conservativa che in via di eccezione è consentita per alcuni privilegi speciali (7); o non si fosse valso, derivandone il diritto dal

(1) Cod. civ., a. 1932, 7°.

(2) Sulle ragioni di essa v. da ultimo CHIRONI, *Ist. di D. C.*, § 79.

(3) E ne hanno perciò qualità giuridica.

(4) Rilevato nello studio sul privilegio connesso a tal credito.

(5) V. la n. precedente.

(6) Perchè l'acquirente avrebbe il credito della pigione o dei fitti per diverso titolo: la cessione.

(7) Cod. civ., a. 1958, 3°.

Digitized by Google

debitore, dell'azione che a questo può spettare per far ritornare la cosa in suo potere. Sotto questo secondo aspetto, il creditore privilegiato è parificato agli altri creditori chirografarî: sebbene l'esercizio dell'azione valga, facendo rientrar la cosa nel patrimonio del debitore, a conservare il privilegio minacciato.

In questa locuzione di *non fatto*, non si può, a rigor di termine, comprendere la omissione del debitore di porre gli estremi necessarî a dare vita al privilegio: consistano essi in una formalità propriamente detta, od in un fatto speciale. Come s'è avvertito, non si accoglie qui la distinzione delle forme necessarie a dar nascita al privilegio, dai termini richiesti a conservarlo: in ambi i casi si hanno elementi che si riferiscono direttamente all'esistenza dell'istituto (1), nè si può quindi tener parola di *estinzione* del privilegio se non ha potuto nascere.

Perciò, se questo termine consiste in una formalità propria, come nell'iscrizione necessaria per il privilegio consentito al credito agrario (2); oppure nell'opposizione necessaria a fin di sostituire il credito verso l'assicuratore alla cosa assicurata, e cadente nel privilegio; l'averlo omesso impedisce la nascita del privilegio. Non è che questo esista, e per conservarlo sia mestieri di adempiere alla due formalità descritte; senza la opposizione (3) non s'avvera la sostituzione oggettiva del prezzo alla cosa assicurata. Parimenti, nei privilegi dove la ragion del pegno ha molta influenza il possesso della cosa è necessario perchè il rapporto esista; nel pegno proprio il creditore ha il rapporto reale e la prelazione che ne deriva [privilegio improprio (4)] quando ha in potere la cosa; nel privilegio dov'entra meno direttamente la ragion del pegno [pegno improprio (5)], è pur necessario questo termine, nè si può dire che contribuisce soltanto a conservare un istituto il quale senza di esso non può esistere.

---

(1) V. su di ciò il cap. seg., § 1, p. 398 e segg.
(2) V. L. sul credito agr., art. cit.
(3) Cod. civ., a. 1951.
(4) Cod. civ., a. 1958, n. 6. V. a. 1882.
(5) Cod. civ., a. 1958, n. 7, 8, 9.

Digitized by Google

CAPITOLO VII.

Il diritto di garanzia reale, e gli altri istituti affini.

GENERALITÀ.

SOMMARIO. — **184.** Estensione di questa ultima parte della ricerca. Concetti fondamentali.

184. La ricerca istituita per segnalare la differenza specifica della garanzia reale, ha dato con lo studio del privilegio questo risultato: che vi ha un istituto in cui non esiste il concetto della garanzia secondo il valore improprio che la legge le dà nel considerare in generale il patrimonio del debitore rispetto ai creditori (1), ma dove la figura del diritto reale sorge quando la cosa alla quale si riferisce il privilegio è ridotta in valore. S'intende, che a parlar propriamente, questo rapporto che nasce così tardi, a liquidazione pressochè finita, non induce l'entità della *garanzia:* la parte del valore cui si riferisce non vi è considerata per lo scopo della garanzia, ma per il pagamento; la realità cade su di essa come sottraendola alla massa, per destinarla specialmente a soddisfare l'obbligazione privilegiata.

Del quale risultato non prenderà meraviglia chi pensi come la nozione del diritto reale si possa atteggiare variamente alla cosa, senza che la sua entità subisca alterazione: il rapporto verso l'oggetto rende bene il potere diretto, immediato che manifesta la natura del diritto, nè l'estensione del contenuto o la limitazione del potere possono turbare il concetto fondamentale, che dove è il rapporto immediato con la cosa (corporale) ivi è realità. Questa dottrina dà gli elementi necessarî a dichiarare l'entità del diritto di ritenzione, ed a risolvere con esattezza le quistioni sulla estensione e gli effetti di esso.

---

(1) Cod. civ., a. 1949 cit.

Digitized by Google

§ 1.

Il diritto di ritenzione.

SOMMARIO. — **185.** Entità giuridica di questo diritto dedotto dallo svolgimento storico suo, e degli istituti affini; e termini essenziali suoi. — **186-188.** Contiene la garanzia; ma in che senso, e come si distingua perciò dalla garanzia generale impropria, e dalla garanzia reale-propria. Caratteri ch'esso ha.— **189.** Onde la qualità sua di diritto reale. — **190.** Conseguentemente, non può essere esteso oltre i casi speciali in cui è ristretto dalla legge. — **191.** Effetti limitati, e come questa limitazione non offenda la realità. — **192-197.** Esistenza della ritenzione nei privilegi dove s'avverte il concorso indiretto della figura del pegno (in genere); e conseguenze rispetto all'azione di altri creditori privilegiati, o soltanto chirografari. — **198.** Estinzione del diritto di ritenzione.

185. Il diritto più antico, offre, dove vestigia, come s'ha nel romano, dove fonti certi, come nel germanico e nel franco, di un concetto fondamentale nell'intendere l'esercizio del diritto; la ingiustizia che è nella pretensione di farlo valere, o di farlo pienamente valere contro chi ha ragioni da opporre vittoriosamente all'instante, sia che queste ragioni si riferiscano direttamente a quella contenuta nella pretesa opposta, o che ne siano indipendenti al tutto. Il doppio modo di comportarsi del diritto del convenuto rispetto all'azione, non poteva sfuggire all'analisi, sebbene questa fosse in quei principi difettosa assai: s'intendeva che l'equità suggeriva il provvedimento dell'eccezione contro la instanza promossa, e di ciò si ha traccia nel diritto romano antico, che pone la *exc. doli* a manifestazione dei tre istituti di cui si dirà in seguito: ma s'intendeva pure che la pretesa del convenuto si può connettere in modo intimo al negozio onde è nata l'azione, quasi che questa non si possa intentare senza che l'attore abbia eseguita l'obbligazione congiunta al suo diritto; oppure, si connette semplicemente all'azione, nel senso che non par giusto costringere il convenuto all'osservanza del diritto dell'attore, se in questo suo dovere giuridico egli ha una guarentigia per cui gli è assicurato l'adempimento di un'obbligazione che l'attore ha verso di lui. Nel primo caso, l'eccezione tolse la figura speciale della *exc. non adimpleti contractus* (1), nell'altro la figura dello *i. retentionis*, dove si deve pur comprendere la compensazione, che è

(1) Su di ciò cons. specialmente PERNICE, op. cit., I, p. 457 e segg.

Digitized by Google

ritenzione vera, sebbene per la natura speciale dell'oggetto delle due obbligazioni rispettive, l'incontro di esse possa generarne l'estinzione reciproca fino al punto in cui si corrispondono (1). Ora, è agevole osservare che i due istituti procedono dallo stesso bisogno di cautelare la condizione del debitore, creditore a sua volta del creditore; cosicchè, guardando le cose da questo lato, non parrà infondata la costruzione di quanti osservarono la vicinanza che è fra la *retentio*, e l'*exc. non ad. contr.* (2), senza determinarla rettamente.

Ma il primo istituto si staccò dal secondo per il rapporto avvertito tra le due obbligazioni reciproche, sebbene la comunanza di origine rimanesse nella *exc. doli*, ch'era il mezzo comune di porli in esercizio (3); e nel secondo dominò la natura della garanzia. Le notizie che largamente offrono su questo punto il diritto germanico ed il francese, concedono di ricostruire la figura che originariamente dovettero avere i due istituti; per il primo, la non esecuzione dell' obbligazione da parte di uno dei contraenti dava all'altro che ne fosse convenuto per eseguire la sua, il diritto di negare al tutto il contratto (4): onde le facilitazioni che il debitore aveva per respingere l'azione (5), e quelle consentite al creditore, quando dichiarasse che da parte sua l'esecuzione v'era stata (6). Concetto che ha egual contenuto dell'eccezione romana; e risponde a quel che più tardi ebbe nome di causa nei contratti bilaterali (7).

(1) Sul ravvicinamento dei due istituti, cons. GOLDSCHMIDT, *Handb. d. Handelsr.* (Erl., 1864), I, p. 962 e segg. BRINZ, op. cit., § 287, e *d. Lehre v. d. Compensation* (Leipz., 1859), p. 54 e segg, WINDSCHEID, op. cit., § 351. V. pure SEMERARO, La dottr. dell' *ius. retentionis* (Roma, 1875), c. 2, p. 14 e segg., GUARRACINO, *Il dir. di ritenzione* (Napoli, 1884), p. 152 e segg.

(2) Cons. SEMERARO, op. cit., c. 6. Di qui la troppa analogia tra i due istituti, com'è posta negli autori di diritto comune, e nella maggior parte degli scrittori moderni (v. da ultimo LUZZATI, *Privil. ed ipot.* (Torino, 1884), I, 54 e segg.); ed il termine di ritenzione, adoperato, come si è di già osservato, a significare la garanzia dal creditore impagato (Cod. civ., a. 1469), che non è propriamente *ritenzione*, sibbene manifestazione della *causa* dell'obbligazione di consegnare (V. su questo punto le considerazioni svolte nei *Motiv. d. burg. Gesetzb.*, cit., II, p. 42, sul § 233).

(3) BRINZ, op. cit. nella n. precedente; KELLER, op. cit., § 36, t. e n. 404.

(4) V. la notizia dei fonti in ESMEIN, op. cit., p. 10, 11.

(5) ESMEIN, op. cit., p. 49.

(6) ESMEIN, l. cit.

(7) Si è qui osservato di già che nei contratti bilaterali, nel concetto di *causa* (eccezion fatta pei contratti *formali*, secondo la nozione romana) entra l'*adempimento* dell'obbligazione, non la sola obbligazione per sè. Certo, così doveva essere concepita

Digitized by Google

Per intendere il secondo istituto è necessario riportarsi alla *pignoratio* privata, che il creditore poteva compiere sui beni del debitore per assicurarsi del soddisfacimento dell' obbligazione: data la legittimità di questa pratica nel diritto più antico, doveva parere agevole e giusto che il debitore convenuto tenesse in pegno la cosa che doveva rendere o la moneta che doveva pagare al creditore, se questi gli era pur debitore. Dell'esistenza e dei caratteri della *pignoratio* privata, s'hanno testi molti nel diritto germanico e nel franco (1), e quel che n'è rimasto nel romano, dove sono assai notevoli le analogie con gli altri due, mostra come questo istituto fosse proprio del diritto più antico; e come a mano che sentivasi meglio il bisogno di dare allo Stato la funzione di rendere giustizia, siasi venuta restringendo la pignorazione privata ch'era un rendersi giustizia da sè. Tant'è, che, secondo è stato di già avvertito, fu vietata: e dove fu mantenuta si dette obbligo di effettuarla con determinata garanzia di forma, o fu autorizzata dalla legge: onde la cessazione della sua non legittimità nei casi in cui fu consentita.

E che altro è il diritto di ritenzione se non la pignorazione privata autorizzata dalla legge? Il progresso continuo dell'idea giuridica dimostra bene, come col crescere dell'avversione contro questo istituto dove la ragione era il sentimento individuale vendicativo dell'offeso, si dovette provvedere ai casi in cui era pur giusto se ne mante-

---

la *causa* nel diritto più antico, e se ne ha la prova nella stessa forma della *mancipatio* adoperata per costituire o trasmettere un diritto: la dazione del corrispettivo (vero o figurato) entra come elemento necessario nell'atto. Poi, alla dazione della cosa si sostituisce l'obbligazione di dare, e l'obbligazione per sè è termine sufficiente a causar l'obbligazione corrispondente dell'altro contraente: ma la causa finale che è l'adempimento è rimasta nel diritto, ed è tale nel diritto italiano odierno, non qual termine essenziale alla nascita del rapporto, ma qual manifestazione giuridica di un fatto, per cui si rivela la insufficienza, il difetto di *causa* ristretto alla sola considerazione dell'obbligazione. Meglio: la causa è nell'obbligazione, in quanto si suppone che sarà eseguita.

Questo termine agisce con maggior efficacia nella *risoluzione:* con minore nella *ritenzione;* che non è, come si è osservato più volte, la *ritenzione* propria considerata come diritto di garanzia. Vi è la garanzia in senso generale, comune, che si manifesta con la forma della *ritenzione* non propria perchè esprimente la causa del rapporto: per essa non si indica la garanzia reale sulla cosa in cui è incluso un valore postovi dal credito del ritentore; ma si contende, o almeno si sospende, più che l'esercizio, l'esistenza del diritto di proprietà del reclamante la cosa.

(1) Della *pignoratio* si è largamente discorso nella ricerca storica sul privilegio del locatore.

Digitized by Google

nesse il contenuto, vestendolo di altra forma giuridica meglio adatta alle nuove idee. E allora, la pignorazione privata del locatore di case diventò nuovo istituto con la *perclusio* autorizzata dal giudice, o con la tacita ipoteca, o col privilegio del diritto odierno: ma il riavvicinamento di tali forme alle mutazioni che su questo punto si seguono nel diritto barbarico, mostrano che il nocciolo dell'istituto è la pignorazione privata. In altri casi si vide l'equità di non privare il convenuto della garanzia che poteva venirgli dal non astringerlo ad eseguire quanto doveva secondo il diritto dell'attore: e questa possibilità di tener la cosa su cui od a cui l'attore ha diritto, da pignorazione privata che era, ed è nel contenuto, diventa appena autorizzata dalla legge diritto di ritenzione; il quale con la figura della compensazione attinge, per circostanze speciali, effetti più larghi di quanto la sua natura consentirebbe (1). Si deve pure avvertire, che i termini occorrenti perchè la ritenzione abbia nascita rappresentano il criterio tenuto dalla legge nel ricercare fin dove la pignorazione privata fosse legittimata per questa legittimità costituisse la ritenzione; la *connessione* del credito spettante al detentore con l'obbligazione di rendere la cosa alla quale altri ha diritto, e che è termine essenziale della ritenzione propriamente detta, è certo il frutto dell'azione modificatrice del progresso giuridico onde fu sceverato il contenuto giusto di un istituto dalla sua forma originaria, lesiva del diritto. Difatti, se la conservazione della cosa dava origine all'ipoteca; nel diritto odierno, per virtù di altri principî si ritorna al concetto della pignorazione privata, autorizzata sempre dalla legge, perchè il creditore può *ritenere* la cosa e anzi deve ritenerla perchè il privilegio che gli è conceduto abbia efficacia (2); del trasporto avviene altrettanto; ora, il potere di questi creditori di tenere la cosa cui si riferisce la spesa fatta, e della quale sono in credito, non è forse la pignorazione privata consentita dalla legge? E l'istituto non produce qui come nel pegno vero, convenzionale, il diritto di privilegio, sebbene il concetto di pegno influisca qui in modo meno diretto?

186. Ond'è, che non pare costruzione al tutto fuori di posto, quella dei dottori che nella ritenzione videro un modo legittimo

(1) Brinz, op. e l. cit.
(2) C. civ., a. 1958, 7°.

Digitized by Google

di rendersi giustizia da sè (1); ma questo dissero fermandosi a considerare l'apparenza dell'istituto, senza esaminare come il concetto proposto s'è svolto storicamente, e le mutazioni di forma e di contenuto (termini della ritenzione) ch'ebbe nel suo svolgimento. Astraendo maggiormente, si può riferire così l'eccezione *non adimpl. contr.* come la ritenzione al concetto dell' ingiustizia subbiettiva, che domina, quasi esclusivamente nella prima epoca del diritto; chi domanda la cosa senza aver posto in essere il termine dal quale dipende la nascita, o almeno l'esercizio del suo diritto, *offende* il convenuto, perchè è fargli ingiuria il chiedere in giustizia senza ragione; parimenti, chi domanda la cosa senza rimborsare le spese fatte dal detentore per conservarla, l'*offende*, perchè la cosa è in quella condizione soltanto per effetto della spesa sostenuta. E allora i due casi si avvicinano e si aggruppano attorno ad un concetto unico, secondo è stato di già osservato (2); si può dire che in entrambi vi è la *pignorazione privata*, per cui il convenuto mantiene quel che deve dare in virtù del contratto se l'altro contraente non soddisfa all'obbligazione corrispettiva; oppur la cosa che deve rendere, ma rispetto alla quale avesse un diritto di credito.

Il diritto odierno è ritornato a questo primo concetto, adattandolo alle nuove idee con l'istituto della *ritenzione;* ma vi è pure ritornato anche per la *exc. non adimpl. contr.*, riconoscendovi una forma di *ritenzione*, sebbene abbia accolto in questo punto lo svolgimento avvenuto rispetto all'esecuzione ed alla causa, unendovi perciò anche l' istituto della condizione risolutiva *tacita* (3). È dunque vero quel che s'è qui affermato (4): che l'*exc. non ad. contr.* e la ritenzione propriamente detta son due forme di uno stesso concetto, la garanzia cioè, la pignorazione privata legittimata dal modo affatto personale d'intendere l'offesa al diritto: due forme che poi si distinsero, perchè nella prima il credito preteso dal convenuto è *connesso* al credito dell'attore, e, come parve più tardi,

---

(1) Cons. specialmente RAUTER, in *R. de legisl.* X (1839), p. 430 e segg. V. pure le altre due monogr. dello stesso Aut., in *R. étrang.*, VIII (1841), p. 769 e segg., ed in *R. de dr. fr. et étr.*, I (1844), p. 565 e segg. V. pure GOLDSCHMIDT, op. cit., I, p. 1030 e segg.

(2) V. il n. precedente.

(3) S'è già rilevata l'attinenza di tale istituto col concetto di *causa*.

(4) V. il n. precedente.

Digitized by Google

nella connessione è la causa giuridica di entrambi (1); e nella seconda è connesso alla *cosa* stessa che vien domandata. Nel primo caso s'accentuò la nozione della causa, senza escludere al tutto la ritenzione cui si ristrinse la pignorazione privata; nel secondo, che è la ritenzione, dominò il concetto esistente già nella pignorazione, e cioè la *garanzia*.

187. Le notizie raccolte dichiarano nettamente l'entità della *ritenzione;* e mostrano che la figura dell'*exc. non ad. contr.*, e del potere legittimo per cui è conceduto eccezionalmente di farsi giustizia, muovono da origine comune, che potrebbe anzi trovarsi in quest'ultimo concetto. Nè certamente vi è estraneo il principio del divieto di ogni arricchimento illecito (2), addotto a fondamento dell'istituto; e si può ben annetterlo alla costruzione qui proposta, perchè nell'arricchimento illecito vi è l'offesa al diritto, che eccitando il sentimento soggettivo del leso, giustifica la difesa privata e quindi la *pignorazione* com'è stata descritta. Si è tentato di porre a fondamento dell'istituto un concetto più astratto, più filosofico, la necessità cioè di mantenere integra l'eguaglianza delle parti, perchè chi domanda la cosa deve chiederla separando il suo diritto dal valore che v'è stato immesso con la spesa di conservazione o di miglioramento, e che certo non entra oggettivamente nel diritto suo; ma si avverta, che da un lato si rientra nella teoria del divieto di arricchirsi ingiustamente, e dall'altro si snatura il concetto della ritenzione, perchè con la separazione del diritto sulla cosa dal valore corrispondente alla spesa di conservazione o di miglioramento, gli si dà per contenuto un rapporto diretto con questo valore, o con la cosa in quanto esso vi è compreso; ora, se nella ritenzione vi è realità, non vi è certo un rapporto che è proprio della garanzia reale (3); e per sè non può quindi produrre quella *prelazione* conseguente di necessità dall'alienazione del valore. Ritenere la cosa non è aver diritto reale sul valore, o su parte di valore che vi è contenuto; e la dottrina è ancor più debole, se alla ritenzione si dà soltanto il carattere di diritto d'obbligazione.

---

(1) Cons. su ciò WINDSCHEID, op. cit., § 351, f. e n. 9. V. ora Prog. del Cod. civ. germ., § 233, ed i *Motiv.* su q. §; ed il Cod. civ. della Rep. argent., a. 3939. Cfr. C. di comm. germ., § 313; e Cod. fed. svizz. delle obblig., §§ 224 e segg.

(2) LUZZATI, op. cit., 1, n. 50.

(3) Della quale vennero ampiamente discussi i termini. V. il cap. I.

Digitized by Google

La ritenzione è, a dir così, la forma ammodernata del vecchio istituto della pignorazione, e perciò è *garanzia;* e siccome questa si esplica per mezzo della cosa ritenuta è garanzia reale, ma non *propria,* tanto è profonda la distanza per cui è separata dalla garanzia reale vera e propria che è il pegno. A tutta prima, parrebbe che le stesse notizie storiche esposte siano argomento a combattere questa asserzione; difatti, se la ritenzione è pignorazione non pare si debba distinguerla dal pegno vero, e la differenza tra i due istituti non dovrebbe essere nel concetto ma soltanto nella *forma* che li riveste; si potrebbe dire di ritenzione *legale* e *convenzionale* (1). La quale osservazione può essere vera se vien riferita alla concezione originaria del pegno, dove la garanzia sta nel tenere la cosa fino a quando il debitore non abbia ottemperato al dover suo; ma il pegno, come diritto reale, ebbe in seguito uno svolgimento speciale che gli dette il significato di rapporto col valore contenuto nella cosa, onde poi la possibilità d'intenderlo senza la ritenzione. Perciò è che nel diritto romano s'ebbero due forme di pegno in generale, secondo che il nuovo concetto s'innestò all'antico, od ebbe efficacia da solo: il pegno propriamente detto, dove rimane come elemento essenziale la ritenzione dell'oggetto, e l'ipoteca costituita dal puro diritto reale di garanzia. La distinzione tra i due istituti sta pure nel diritto odierno; ma, e lo si vedrà chiaramente in seguito, la ragion sua è nella diversa considerazione delle cose mobili e delle immobili, perchè la cosa mobile non può essere di regola seguìta presso qualunque possessore, e l'acquisto della proprietà o di un diritto reale su di essa è efficace rispetto ai terzi venutine al possesso in buona fede (2).

188. Cosicchè, il pegno propriamente detto contiene la ritenzione, ma questa, almeno nel diritto odierno, non è più la ritenzione-pignorazione del diritto antico, perchè il rapporto di garanzia si è specializzato, determinato, verso il valore della cosa; mentre la *ritenzione* è sempre quel ch'era, intesa isolatamente, o pure unita alla figura del pegno proprio. È dunque garanzia che s'effettua per il semplice fatto del tenere la cosa del debitore presso di sè, fino a quando sia ottenuto il pagamento del debito: consiste tutta nel possesso (in genere) della cosa, nè, diversamente da quanto av-

(1) Cfr. GUARRACINO, op. cit., a. 50.
(2) Cod. civ., a. 707 cit.

Digitized by Google

viene nella garanzia reale propria, s'ha il rapporto reale col valore o con una parte del valore di essa. Perciò, argomentando da questi supposti non parrà niente strana la teoria seguìta in qualche legislazione moderna (1), dove si accoglie la ritenzione senza limitarla con l'elemento della connessità del credito; qualunque cosa il creditore abbia presso il debitore, può valere a questo di garanzia per un credito che a sua volta egli avesse verso di lui. Invece, la maggior parte delle legislazioni moderne accoglie l'insegnamento che dà su questo punto la dottrina romana, e del quale, per la pignorazione privata in genere, dà pure testimonianza il diritto barbarico; si è richiesto, per purificarla del vizio di sua origine, che il credito in garanzia del quale si dà la ritenzione sia *connesso* con la cosa stessa, con l'azione cioè di chi intende di riaverla: azione di cui si possono valere anche i terzi (successori, od aventi causa).

La ragione esposta distingue, e quindi specializza, l'istituto della ritenzione anche verso la garanzia generale contenuta nel patrimonio; garanzia non nel senso giuridico proprio, ma soltanto manifestazione dell'elemento patrimoniale contenuto nel vincolo obbligatorio. Come ciò sia, secondo lo sviluppo che ebbe il concetto di obbligazione, è stato dichiarato con sufficiente larghezza; ma non s'è detto, e la osservazione torna assai opportuna, che la voce *garanzia* adoperata per significare questo elemento nel diritto odierno (2), è, nella forma, nella terminologia, un ricorso della concezione primitiva che l'obbligazione sia anzitutto vincolo esclusivamente personale. Perchè tolto dalla struttura sua l'elemento patrimoniale, si può intendere che il diritto dei creditori di agire sul patrimonio del debitore in conseguenza dell'obbligazione, dipenda da un altro rapporto il quale se non inerisce, aderisce a lei per virtù di legge, e contiene la garanzia: i beni garantiscono l'obbligazione della persona cui appartengono. Certo oggi, dove si badi al concetto mutato, pare strano dire di elemento patrimoniale che garantisce l'obbligazione risultante da un elemento al tutto personale; ma il processo storico mostra che le cose seguirono così, perchè i beni scansavano al debitore il danno che alla sua persona doveva derivare dall'inadempimento dell'obbligazione. È sotto la forma della garanzia, che si venne integrando il concetto di obbligazione (3).

(1) Cod. di comm. germ., § cit.; L. fed. svizz. delle obblig., § cit.
(2) Cod. civ., a. 1949.
(3) V. il cap. I.

Digitized by Google

Ora, questa garanzia generale, elemento essenziale dell'obbligazione, non ha, per la natura stessa dell'istituto cui inerisce, qualità di diritto reale; non vi è in essa alcun rapporto diretto del creditore verso la cosa o le cose singole contenute nel *patrimonio*, al quale sempre e necessariamente si riferisce. Ma nella ritenzione vi è il rapporto con la cosa speciale che si tiene, o su cui s'insiste; la sua entità non è identica, e neppure analoga, a quella che ha l'elemento patrimoniale dell'obbligazione, perchè non è termine di un rapporto nel quale si confonde, ma dà esistenza ad un rapporto indipendente, determinato. Il creditore cui spetta il diritto di ritenzione ha all'infuori di essa, e per effetto della qualità sua, il rapporto verso il patrimonio dell'obbligato: la ritenzione specializza questo rapporto, senza tuttavia ristringerlo alla cosa particolare cui si riferisce; così s'intende meglio come la struttura giuridica sua sia diversa da quella che ha la garanzia impropria inerente all'obbligazione, e s'avvicini assai alla garanzia reale. Concetto reso con più evidenza, dicendo che in essa è contenuta una garanzia reale impropria, e nell'altra una garanzia impropria.

189. Dai quali presupposti si trae la conseguenza che la ritenzione propria (1) è diritto reale (2), e la garanzia ch'essa dà non contiene il rapporto sul *valore* della cosa, ma, secondo l'antico con-

---

(1) V. le dichiarazioni contenute nella n. 2 a pag. 394; e la n. seg. in f.

(2) Con altro processo è affermata la realità del diritto di ritenzione dal VALETTE, op. cit., I, n. 7; dal MOURLON, *Ex. crit. et prat. du Comm. de M. Troplong s. les hypoth.* (Par., 1855), II, 215, ma in termini un po' incerti: cfr. n. 219; CABRIGE, *Du droit de retention* (Par., 1860), n. 74 e segg.; GLASSON, *Le dr. de retention* (Strassb., 1862), p. 37. Cons. BEKKER, in BEKKER *u.* FISCHER, *Beitr., z. Erläuter., u. Beurtheil., d. Entw.* (Berl., 1888 e segg.), f. 2, p. 8, sul § 234 del Prog. di Cod. civ. germ. Ma il diritto del creditore di eliminar la ritenzione offrendo un'altra garanzia sufficiente che non sia una cauzione (§ 234), non si può dir negazione della realità; chè anzi vi è affermata, sebbene equamente modificata, come pur avviene nell'art. 3942 del Cod. civ. della Rep. Argentina.

Sul diritto di ritenzione, conceduto senza il termine della connessità dal Cod. di comm. germ. (§ 313), v. ENDEMANN, *Handb. d. deutsch., Handels-See u. Wechselr.* (ed. 1884), II, § 181. Ma il suo ragionamento non viene ad escludere la realità del rapporto: e, quando non lo si estendesse, com'egli fa, ai casi di ritenzione propria, potrebbe dichiarar la figura della *ritenzione* impropria, derivante dal contratto bilaterale, dalla nozion della causa di esso: qui l'opponibilità ai terzi non deriva dalla *realità* del rapporto, ma come si è osservato, dalla *sospensione* dell'esercizio del diritto (V. la n. precedente).

Digitized by Google

cetto della sicurtà reale, il possesso della cosa, la *pignoratio:* non è rapporto con la cosa per il valore che ha, ma con la cosa stessa, per sè, perchè togliendola giuridicamente al possesso del debitore s' impedisce ch' egli alienandola dia danno al creditore. Il quale, ritenendola, ha dunque per legge il diritto di tenerla presso di sè, non come quasi-possessore di un diritto reale di garanzia che non ha, ma fino a quando non sia estinto il credito cui la ritenzione si riferisce; la garanzia è limitata al *fatto* di tener la cosa e di non consegnarla ad alcuno che vi abbia diritto, se il credito garantito non viene soddisfatto. Di qui si rileva nettamente la *realità* di questo diritto: la insistenza sulla cosa, il potere di non renderla, manifestano il rapporto diretto del creditore verso di essa. Nè si può argomentare in contrario, deducendo dall'efficacia ristretta del patto anticretico, com'è regolato nella legge odierna (1); perchè il carattere di esso, gli elementi di cui consta, mal si adattano al diritto di ritenzione.

Più grave ragion di dubitare si potrebbe trarre dal considerare che nella teoria proposta non si coglie bene qual sia l'oggetto del diritto reale di ritenzione. Non è la cosa, che, per trattarsi di garanzia, non è uscita dal patrimonio del debitore o dei successori suoi: non è il valor suo, perchè non è diritto di garanzia reale; parrebbe dunque che il diritto di ritenzione sia diritto di tenere la cosa, e dicendo così la definizione non chiarisce nulla, contenendo puramente il definito. La difficoltà sparisce, sol che vi s'aggiunga *a fin di garanzia*, o quando vi si sottointenda che il diritto di ritenere la cosa ha questo contenuto: la ritenzione è garanzia reale ristretta, secondo il significato che l'istituto acquistò nel suo svolgimento. Scopo del diritto è la garanzia, che si manifesta con carattere di realità nel *fatto* di tenere la cosa; e siccome tal *fatto*, che è l'oggetto del diritto, non può esistere assolutamente senza la cosa, questa entra nel rapporto della ritenzione, non per sè, ma perchè quel *fatto* esista. Il concetto acquista maggior chiarezza quando si pensi che il diritto di ritenzione è la forma rudimentale dell'antica *pignoratio*, dell'antico modo d' intendere la garanzia reale; è quindi di-

(1) Cod. civ., a. 1899. Sul carattere di questo rapporto, e quindi sul fondamento della disposizione di legge ricordata, v. CHIRONI, *Quest.* cit., p. 238, sulla sentenza della Cass. di Torino, 4 marzo 1886 (*Fôro it.*, 1886, I, 299). L'anticresi verrà studiata in seguito, nella parte speciale del trattato.

Digitized by Google

ritto di garanzia reale che si esplica in un modo speciale, il *fatto legittimo di tener la cosa.*

Si obbietterà, che il rapporto rimane così in troppo angusti limiti per avere il carattere di *reale*? e questo mal si conviene ad un potere che non consente il diritto di seguir la cosa, se il *fatto* del tenerla è stato interrotto (1)? Le due obbiezioni muovono da un concetto non esatto del diritto reale, nè possono contrastare saviamente alla costruzione proposta; la realità si manifesta generalmente, e in conseguenza della natura sua, nel potere di seguire la cosa, ma è vero del pari che la limitazione di questo effetto non la toglie; nè dove manca tal potere manca necessariamente la realità del diritto. La quale è data immediatamente dal rapporto diretto della persona verso la cosa; e può eccezionalmente avvenire che i suoi effetti in relazione a questa siano limitati per la virtù prevalente di certi termini, dedotti dalla natura speciale della cosa stessa, come avviene nel diritto odierno per i mobili (2), o dall'entità, dal modo di essere del diritto cui viene attribuita qualità di reale. Questo secondo caso s'ha nella ritenzione, dove la garanzia reale s'esplica con la sola detenzione della cosa secondo la concezione primitiva del rapporto di pegno: il potere immediato verso la cosa vi è, ma entro quei limiti in cui si contiene l'azione della sicurtà che ne è il fine: cosicchè la realità dev'essere intesa secondo, e non oltre, la entità del potere. Argomentare dal concetto astratto della realità, e da tutti gli effetti che per l'ordinario le sono inerenti, per decidere se un diritto abbia carattere di reale, è metodo mal sicuro: la realità è manifestazione del potere relativo alla cosa, nè i limiti ch'esso ha la escludono se rimane l'elemento essenziale del rapporto diretto, immediato.

---

(1) Non altro il ragionamento che a togliere la realità della ritenzione è fatto in AUBRY et RAU, op. cit., § 256 *bis*; LAURENT, op. cit., XXIX, 292; POET, *Le droit de retent. dans les législ. franç. et étrang.* (Par., 1880), 215. Cfr. su queste considerazioni, DURANTON, op. cit., XIX, 8; PONT, *Comm. tr. d. pet. contr.* (2e éd., 1877), II, 1292, che non correttamente argomentano dal rapporto di avente causa per indurre la necessità di rispettare il diritto di ritenzione in chiunque lo abbia dal debitore-autore; considerazione non bastevole, rimanendo inesplorata la questione decisiva della realità del rapporto.

(2) Cod. civ., a. 707. Osservazione occorsa qui altre volte; v. su di ciò, la n. 3 a pag. 47, sugli art. 234 del Prog. di Cod. civ. germ., e 3942 del Cod. civ. della Rep. Argentina. E con questo riflesso sul contenuto proprio della ritenzione, cade l'obbiezione tratta dal non avere il ritentore diritto di vendere, e soddisfarsi sul prezzo (GUARRACINO, op. cit., n. 65, p. 167).

Digitized by Google

La costruzione proposta dichiara anzitutto quali sono i termini proprî della questione che vi è risoluta: molti affermano la realità della ritenzione, argomentando dalla possibilità di opporla a chiunque, senza osservare che il togliere a confronto un effetto che talvolta può anche non verificarsi, come se vi si contenga tutta l'entità dell'istituto, è criterio dal quale s'è facilmente indotti in errore. Ma questo vizio di logica costruttiva non è sufficiente, come altri hanno stimato, per negare alla ritenzione il carattere di diritto reale; non la debolezza delle ragioni avversarie, sibbene lo studio dell'entità dell' istituto confrontato a quella del diritto di obbligazione, deve dichiarare se questa entri nella natura della ritenzione: e l'assunto è contraddetto dai risultati delle ricerche fatte (1). E si ottiene pure un altro risultato ch' esce dai limiti della questione; il migliore accertamento dei termini onde s'ha la *realità* del diritto, e dei criterî per osservare se e come si manifesti nei rapporti speciali.

190. Le proposizioni fondamentali svolte sulla entità del diritto di ritenzione, conducono logicamente ad escludere che il diritto di ritenzione propria (2) si possa ammettere all'infuori dei casi nei quali è espressamente autorizzato dalla legge: è *garanzia reale*, sebbene non vera; e ciò che più rileva, è riconoscimento, legittimazione eccezionale della *pignoratio privata*, onde l' impossibilità che per via d' interpretazione si possa dare legalità ad un atto contraddicente all'ordinamento della giustizia sociale (3). Cosa importano l'equità, la giu-

---

(1) E posta la realità, sebbene limitata, segue la opponibilità del diritto di ritenzione contro i terzi; nè si potrà concedere di toglierla offrendo altra garanzia (Prog. del Cod. civ. germ., § 234 cit.), nè di vender la cosa riserbando al ritentore la soddisfazione preliminare sul prezzo (Cod. civ. della Rep. Arg., a. 3932 cit.). Sulla restrizion di questo diritto ai rapporti tra creditore e debitore, ricavandola dalla negazione che sia diritto reale, v. gli Autori cit. nella n. 1 della p. prec.; e cfr. CABRIGE, l. cit.; TARTUFARI, l. cit.; GUARRACINO, op. cit., n. 66.

(2) V. le nn. a pag. 390, e la n. 2 a pag. seg.

(3) In questo senso, ma argomentando dall'*equità* posta a fondamento del diritto di ritenzione, e ristretta perciò ai casi in cui è esplicitamente affermata dalla legge, v. MOURLON, op. cit., II, n. 231; PONT, op. cit., II, n. 1298; LAURENT, op. cit., XXIX, n. 293; CABRIGE, op. cit., n. 67 e segg.; CHIRONI, *Ist. di D. C.*, § 241, e *Quest. di D. C.*, p. 31 e segg. E argomentando invece dall' equità come ragion generale, pongono la possibilità di estendere la ritenzione per analogia: DEMOLOMBE, *Cours de C. Napol.: tr. de la distinct. d. biens* (IX), I (4e éd.), 682; TROPLONG, op. cit., I, 258 e segg.; RAUTER, l. cit.; GLASSON, l. cit.; LABBÉ in *J. du Pal.*,

Digitized by Google

stizia che il debitore si tenga dall'adempiere all'obbligazione sua fino a quando il creditore non eseguisca una prestazione cui è tenuto verso di lui, anche se fra i due rapporti non è connessione di sorta? La legge riconosca in termini generali l'equità dell'atto, come s'ha in qualche legislazione commerciale odierna (1): e malgrado i dubbî che possono nascere dal considerare l'indipendenza delle relazioni reciproche fra creditore e debitore, e dalla troppa ampiezza di validazione della *pignoratio privata*, gli argomenti tratti dalla riprovazione di quest'antico istituto non avranno valore. E neppure fa il dire, che la ritenzione è legittima quando s'abbia la connessità, il *debitum cum re iunctum*, ed occorrendo questo estremo debba essere riconosciuta anche nei casi in cui la legge non l'accorda espressamente; è vero che la legge nelle ipotesi in cui la concede ha tenuto specialmente il criterio della connessità come valevole a giustificare la vecchia pratica della *pignoratio*, ma da ciò non si deve dedurre la legittimità dell'atto quando esista questo termine. Riman sempre la obbiezione fatta: l'interprete non ha potere di generalizzare la validazione della *pignoratio*, come fu ordinata dalla legge limitandola nell'entità (con la *connessità*) e nell'estensione. Il doppio limite segna la misura della validità consentita; l'interprete non può, senza offenderla, tenersi al primo per oltrepassare il secondo.

Nè val meglio la teoria, quasi intermedia fra le due or descritte (2), che restringe la possibilità di escire dal secondo limite entro certe cautele; e cioè, la necessità che la detenzione della cosa segua in virtù di contratto o quasi contratto, e si riferisca a questo rapporto il debito che le si connette. È assai più logica la seconda dottrina

---

1861, p. 657 e segg.; GIORGI, op. cit., II, nn. 390 e segg.; TARTUFARI, op. cit. II, nn. 758 e segg. C. di App. di Catania, 8 febbr. 1884 (*Legge*, 1885, 1, 168), e su di essa CHIRONI, *Quest. di D. C.*, l. c.

(1) Cod. di comm. germ., § cit. Cons. THALLER, *Les faillites en droit comm.* (Par., 1890), II, p. 29 e segg.

(2) AUBRY et RAU, l. cit. Badisi: questi Autori, e gli altri ricordati nella n. precedente, estendono la ritenzione argomentando per analogia, senza distinguere la ritenzione, garanzia vera, dalla ritenzione impropria, e riferendo a quella quanto è proprio di questa. Dove la ritenzione è conseguenza della causa nei contratti bilaterali (ad es. Cod. civ. it., a. 1469 cit.), l'estensione è possibile perchè non vi ha ritenzione vera: sibbene manifestazione di un elemento essenziale dei contratti (figura della *ritenzione impropria*).

Digitized by Google

ch'essa vorrebbe meglio adattare alla legge: almeno vi si afferma non esservi altro limite oltre quello del *debitum iunctum cum re*, ed estende, per analogia, il risultato; invece questa ammette implicitamente il secondo limite, e lo riduce poi in confini più ristretti. Costruzione al tutto arbitraria, malgrado si voglia sostenerla osservando che il secondo limite così determinato è dedotto dal considerare com'è conceduta la ritenzione nei casi specialmente regolati, e ch'essa non fa che precisare, rispetto all'atto onde s'ebbe la ritenzione, il concetto della connessità; l'elemento del *debitum cum re iunctum* vi è tenuto sì come fondamentale, ma dacchè per analogia lo si estende deducendo dai termini dei rapporti dove la ritenzione è ammessa, riman l'esattezza della critica fatta, che s'intenda pur sempre ad estendere il secondo dei due limiti osservati dalla legge nel validare l'antica *pignoratio privata*. La connessione inerente alla *costituzione* dei due rapporti reciproci di obbligazione, è stata estesa nel modo più ampio, coi concetti della *causa* e della condizione risolutiva sottointesa nei contratti bilaterali: e qui l'azione sua è necessaria; ma considerata rispetto all'*esecuzione* di due rapporti al tutto indipendenti nella loro origine, non ha per sè, e necessariamente, virtù alcuna che non le sia attribuita dalla legge per considerazioni speciali. Onde la impossibilità di ampliare questa efficacia, che si manifesta nelle figure della garanzia e dell'estinzione del debito (compensazione), oltre quei casi nei quali è espressamente conceduta (1).

191. In seguito ai risultati avuti sull'entità del diritto di ritenzione, e specialmente sulla *pignoratio privata* che vi è contenuta, s'intende di che guisa procedano gli effetti di questo rapporto verso la cosa: vi è, come rudimentale, la virtù che in origine dovette essere propria del pegno, l'assicurazione cioè del credito ottenuto col tenere presso di sè una cosa del debitore. Nè altro effetto ha la ritenzione nel diritto odierno: la sicurtà che da essa deriva è ristretta al fatto di *tener* la cosa, e tenerla legittimamente contro *chiunque* la domandi senza estinguere il credito garantito (2).

(1) Posto il concetto della *pignoratio* qual ragione storica del diritto di ritenzione, i *termini* di questo istituto rappresentano i limiti nei quali s'è voluto ristringere quella vecchia pratica giuridica, rinnovandola: quindi l'impossibilità di estenderla deducendo per analogia. V. la n. precedente.

(2) V. su questo punto la nota precedente. Ma è necessario completar la teoria con quanto si dirà in seguito. V. la n. 3 a pag. 397.

Digitized by Google

Quest' affermazione non può dar luogo a difficoltà rispetto agli aventi causa dal debitore, qualunque sia il titolo loro(1); altrimenti avviene se si vuole scrutinarla rispetto ai terzi che rivendicano la cosa come propria: e per intenderla, è necessario approfondire ancor più il significato della connessione del credito alla cosa, che è fondamento dell'istituto. Perchè a tutta prima parrebbe di non potersi avere sicurtà vera sulla cosa, se questa s'è avuta da altra persona che non il proprietario; come opporre a questo il diritto che s'è avuto da altri senza che avesse il potere di concederlo? Vero è, che per le cose mobili corporali, ed i titoli al portatore, si può osservare che il creditore può legittimamente averne la ritenzione, quantunque li abbia avuti dal non proprietario, perchè la virtù del possesso rispetto al terzo di buona fede, esiste anche per l'acquisto di un diritto reale sulla cosa (2); e che per le cose immobili, si deve por mente alla buona fede del possessore-creditore. Ma la dichiarazione non è buona, e vi si fraintende al tutto lo spirito del diritto di ritenzione. Per le cose mobili, non è detto che il creditore sia in diritto di ritenerle quando in buona fede ha tenuto qual proprietario la persona onde le ebbe; può ben conoscere il contrario, ed aver egualmente quel diritto a garanzia del suo credito. Per le cose immobili, la buona fede spiega senza lasciar dubbio il diritto del possessore a far suoi i frutti percepiti prima della domanda giudiziale; ma non è sufficiente a chiarire il diritto di ritenzione per il ricupero delle spese sostenute in prò della cosa: egli le ha sopportate, è vero, credendo di farle per una cosa propria, ma questa sua opinione non giustifica la ritenzione di cosa non sua. Altra è la ragione di questa garanzia; essa non deriva dalla buona fede: e sebbene la mala fede dia motivo a restringerla, certo è, che inducendo dalla restrizione si tenne per giusto tal fondamento, nè si considerò che la ragion dell' istituto può essere affatto distinta da quella addotta a giustificarne la limitazione.

A queste osservazioni fatte su casi particolari, ma che dànno luce sull'argomento generale, s'aggiunga ora che il ragionamento esposto posa tutto sul supposto di garanzia avuta dal debitore; invece la

(1) E quindi, anche contro i creditori: v. le n. precedenti, e cfr. Mourlon, l. cit.

(2) Cod. civ., a. 707. V. Chironi, *Doni man.* cit. Ma sebbene la ritenzione sia diritto reale, pure la ragion di essa contrasta all'applicabilità dei termini voluti, di regola, affinchè il terzo acquisti un diritto reale su cosa non propria del transmittente.

Digitized by Google

ritenzione esiste per un fatto proprio del creditore, e che è legittimo perchè autorizzato dalla legge; è la *pignoratio* che si compie senza derivarla da alcuno. Ora, come s'è avvertito, la *pignoratio* è validata per motivo di equità, non parendo giusto obbligare il creditore a rendere la cosa che ha conservata o migliorata spendendo del proprio, senza che gli si renda lo speso in quella proporzione che la legge ordina (1), od è stata convenuta; non rileva più, che s'esamini in relazione a chi è sorta questa ragion di debito: la figura del debitore sparisce, e riman solo il fatto che la spesa è fatta per la cosa, è immedesimata in essa, senza che perciò la ritenzione contenga il diritto speciale al valore, secondo avviene nella garanzia reale propria. Questo è il fatto che giustifica la *pignoratio*, la ritenzione; chiunque sia il proprietario della cosa, l'utile della spesa sopportata gli vien lo stesso; quindi, il *debitum cum re iunctum* legittima il diritto del creditore a tener la cosa presso di sè fino al rimborso del suo credito, che, utile per la cosa, è utile per chiunque la domandi qual sua. Qui il rapporto di credito, per effetto della utilità considerata realmente nella cosa, rende figura di *obligatio ob rem;* chi vuol riavere la cosa deve pagare il credito del detentore, che è stato tutto vòlto in vantaggio di essa.

Che se poi la teoria com'è proposta, paresse il frutto di una costruzione molto astratta, e si volesse inferire dalla restrizione non il fondamento dell'istituto, ma uno degli elementi che concorrono a costituirlo, si potrebbe ritoccare, senza contraddizione veruna, il concetto esposto: e dire, che la validazione della *pignoratio* è fatta dalla legge secondo il criterio *oggettivo* esposto, pur concorrendovi il criterio soggettivo della buona fede del possessore (2). E la prova della

(1) Cod. civ., a. 705.

(2) Con ciò non s'intende a voler dubitare della dottrina proposta: la *pignoratio*, e per essa la ritenzione, è diritto reale, ma, per le considerazioni esposte nel testo, è ben distinto dal diritto reale di pegno: cosicchè non si può dirlo soggetto coi diritti di garanzia reale propria, alle disposizioni dell'art. 707, sul valor del possesso di cosa mobile corporale. La *pignoratio* è sicurtà che, concorrendo certi elementi tra il ritentore e la cosa, uno dà a sè, assentendovi la legge; il concetto della buona fede vi è estraneo. La legge la ristringe è vero nel caso speciale di possessor di mala fede che debba render conto dei frutti (Cod. civ., a. 706): ma qui la limitazione non dipende, come s'è detto, dall'essere la buona fede termine dell'istituto, sibbene dall'obbligazione imposta al possessore di mala fede di rendere conto dei frutti (a differenza del possessore di buona fede che li fa suoi), e quindi di regolare col rivendicante i vicendevoli rapporti di credito pei miglioramenti e

Digitized by Google

buona e della mala fede, qualora non si volesse accogliere la teoria proposta, dev'essere esperimentata secondo i principî tenuti rispetto ai due istituti (1).

Nè, con ciò, secondo è stato avvertito, il creditore afferma un diritto reale *sulla cosa*, perchè il contenuto del rapporto pur essendo reale comprende soltanto il fatto di poterla *ritenere* fino al pagamento del credito. La mancanza del rapporto diretto con la cosa *per sè*, o per il valore che ha, vieta al creditore che ne ha perduto il possesso di poterla riavere con l'azione conceduta a chi veramente ha il diritto di pegno: come il proprietario può eccezionalmente rivendicare la cosa mobile corporale od il titolo al portatore, con uguali mezzi il creditore pignoratizio può difendere il suo diritto reale. Il che non è possibile nella ritenzione, sebbene vi sia contenuto il rapporto reale: questo cessa col cessar del fatto al quale è limitata la sua efficacia (2).

192. Abbenchè i principî esposti paiano in perfetta relazione con l'entità giuridica del rapporto, argomentando poi da altri istituti dove la ritenzione ha virtù di elemento essenziale, sorge grave ragione di dubitare dell'esattezza loro. Perchè vi ha privilegi mobiliari speciali, in cui la ritenzione della cosa sulla quale cadono è necessaria perchè esistano (3): e parrebbe con ciò, che fosse miglior partito quello di distinguere gli effetti della ritenzione, avvertendo che sebbene per l'ordinario non induca, a causa della virtù che le è propria, alcun diritto di prelazione sulla cosa, in taluni casi possa avvenire il contrario. Contro la quale affermazione si pone subito una difficoltà fondamentale: se la entità della ritenzione non consente la prelazione, non s'intende come talvolta possa per sè produrre tal effetto: o questo deriva da altre circostanze estranee al tutto alla ritenzione, o non è vero quel che s'è detto dell'entità giuridica di essa. E la obbiezione, involvente contraddizione di principio, è nel vero; solo che per chiarirla e porre compiutamente

---

di debito per i frutti da restituire. Ecco perchè si è tenuto conto della condizione di mala fede (v. CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 125).

(1) Cod. civ., a. 702.

(2) V. la n. 2 a pag. precedente; e sul pegno, e sull'azion del creditore pignoratizio contro il terzo possessore di mala fede, v. CHIRONI, *Doni man.* cit.

(3) Cod. civ., a. 1958, n. 7, 8, 9. Di queste figure di privilegio, si dirà nella parte speciale.

Digitized by Google

ed esattamente la dottrina, è necessario di scrutare il rapporto che negli istituti cui s'è accennato esiste tra la ritenzione e la prelazione.

Che questo termine non sia legato all'altro per vincolo di causalità, apparisce da due considerazioni; e più nettamente dalla prima, e meno dall'altra, dove si ponga mente ai risultati storici esposti. Perchè, se la prelazione inerisce alla qualità del credito, tale essendo la natura del privilegio, chiaro è che non si può farla derivare dalla ritenzione; e poi, sebbene a tutt' a prima paia il contrario, avvertendo che il pegno produce la prelazione (1) e che alla ritenzione s'è dato qui come contenuto la *pignoratio*, ogni dubbiezza sparisce, sol che si pensi alla determinazione che in seguito ebbe il concetto del pegno propriamente detto. Da principio, pegno e ritenzione vennero confusi nella figura della *pignoratio* ma quando il pegno, la garanzia reale propriamente detta, ebbe a nota caratteristica il rapporto col valor della cosa, si distinse dalla ritenzione cui rimase il significato originario: perciò, se il pegno diede e dà in virtù della garanzia propria la prelazione, s'intende che la ritenzione, nella quale questo svolgimento mancò, non ha potenza di produrla.

Le due considerazioni conducono al medesimo punto, che è la mancanza di vero rapporto di causalità tra il privilegio e la ritenzione. Ma dovrà seguir da ciò che la ritenzione è soltanto mezzo di conservare il privilegio?

Non pare; questa dottrina è la esagerazione opposta a quella che s'avrebbe, affermando che il privilegio inerisce al tutto alla ritenzione. Per misurare giustamente la relazione tra i due termini, è necessario osservare che conceduto il privilegio sulla cosa mobile speciale, era pur necessario qualche espediente che conferisse efficacia a questo favore, difendendolo dalle conseguenze del principio che il possesso dei mobili è titolo al possessore di buona fede; la ritenzione preserva il creditore da tal pericolo, e assicura, fissa finchè dura il privilegio che gli è conceduto. Ma in questa funzione, vi è qualcosa di più del conservare; vi è il concorso all'esistenza stessa del privilegio, perchè mantiene ben determinato, specializzato rispetto a tutti l'*oggetto* (non il valore) sul quale esiste la prelazione. La qual cosa apparisce più evidente, se si bada alla ragione

(1) Cod. civ., a. 1958, n. 6.

Digitized by Google

storica di questi istituti: l'antica giurisprudenza era propensa ad assicurare i crediti cui si riferiscono, con l'ipoteca legale: posta la regola ch'esclude i mobili dal novero delle cose ipotecabili, si pensò di ottenere un risultato efficace accordando il privilegio alla ritenzione, e dall'accordo se non emerge la figura del rapporto reale contenuto nella sicurtà ipotecaria, o pignoratizia, s'ha pure una sicurtà reale. Così, la ragione storica persuade di quello che s'era esposto col solo ragionamento astratto; i due elementi, ritenzione e prelazione, costituiscono insieme il rapporto espresso col titolo di privilegio su cosa mobile speciale, sebbene il *privilegio*, esprimendo meglio il favore conceduto dalla legge, abbia la prevalenza. Il che vuol dire, che il privilegio abbisogna per esistere del concorso della ritenzione, e la prevalenza ch'esso ha è stata intesa esageratamente col figurare la ritenzione qual mezzo conservativo; nè altro s'è inteso di affermare quando nello studio del privilegio in generale s'è avvertito al diverso modo col quale vi esercita influenza la ragion del pegno: in modo prevalente, tale da esserne dominato il privilegio, secondo avviene nella prelazione del credito pignoratizio, ch'è tutta manifestazion del pegno, oppure in modo da concorrere soltanto alla esistenza del privilegio. E con questa notizia si possono integrare le considerazioni fatte sul concetto del privilegio *reale* accolto nel diritto francese: ristretto, per le ragioni esposte, alle cose immobili, si pensò di estenderne la efficacia ai mobili *speciali*, unendo al privilegio la ritenzione: onde la dottrina che impropriamente attribuisce a fondamento di questi privilegi mobiliari speciali la ragion del *pegno* tacito (1).

193. A fin di approfondire ancor più la ricerca, si potrebbe saggiare un'altra costruzione. Si potrebbero cioè porre a confronto il pegno propriamente detto e la *pignoratio* contenuta nella ritenzione; e argomentando dai casi nei quali questa cautela è conceduta dalla

---

(1) Nei trattati speciali saranno dichiarate le dottrine sul fondamento di questi privilegi (e nel senso esposto, v. ora CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 207): che la ragion del pegno vi entri, è indubitato, ma non come avviene per il pegno propriamente detto (Cod. civ., a. 1958, 6°). Qual significato qui abbia la figura del pegno per rispetto al privilegio si è di già ricercato: qui vien completata la ricerca, perchè quel ch'era figura non propria del pegno, vien determinato con la figura della *pignoratio* autorizzata dalla legge a fin di rendere efficace la prelazione consentita alla ragione del credito.

Digitized by Google

legge, dire che nel pegno è contenuta l'alienazion del valore ch'è nella cosa, e nella ritenzione è il diritto a quella parte del valore che vi è stato aggiunto. Non vi è dunque l'alienazione contenente il valor della cosa com'è, ma una sicurtà del credito mediante il quale s'è esteso il valore; il che può avvenire in due modi: secondo che procede rispetto al valore intimo della cosa, al valore oggettivo, oppure a quello che la cosa ha relativamente alla persona, come s'ha nel caso delle spese di trasporto. Le due figure non si possono confondere; e se la prima ha entità di diritto reale, la seconda, dove non vi è alienazione, è ristretta all'efficacia originaria della *pignoratio:* è, si può dire, un *pegno* legale, restituendo la voce *pegno* al suo significato primitivo. E allora s'intenderebbe come avvenga che, pur diversa dal pegno, la *pignoratio* raffigurata nella ritenzione odierna, produca egualmente a quello la prelazione: effetto identico, ma rispondente a concezioni al tutto distinte. E s'intenderebbe pure, quanto mal si trarrebbe ragione di contraddire a questa costruzione dal modo con cui è regolato il privilegio del locatore: potendosene certo inferire, che se il fondamento storico ch'esso ha è la pignorazione privata, gli si dovrebbe attribuire il diritto di ritenzione dove si comprendono le vestigia di quell'antico istituto: e ciò non è, perchè se bene il suo privilegio rimanga integro, il locatore non può opporsi alla procedura esecutiva mobiliare iniziata dagli altri creditori (1). Ma l'obbiezione non ha consistenza; non è la stessa cosa dire che dove è ritenzione s'ha la figura dell'antica *pignoratio*, e che dove s'aveva la *pignoratio* oggi s'ha la ritenzione; perchè quel concetto è limitato, secondo s'è avvertito, al fatto dall'avere aumentato o conservato il valor di una cosa, e questo termine non s'ha certo nel rapporto che è tra il locatore ed i mobili di cui l'inquilino o l'affittuario avessero fornito la casa od il fondo locato. Il concetto della *pignoratio* spiega il mezzo conservativo conceduto dalla legge al locatore, ma non ha quei termini cui il legislatore attese nel concepire il diritto di ritenzione.

Con questa costruzione la *pignoratio* piglierebbe il sopravvento sul concetto di privilegio; e s'è mostrato che ciò non è, perchè

(1) Come si vedrà in seguito. Cfr. Cod. civ., a. 1958, 3° e 1959 pr. e 1° al.; e 1960, 1° e 2° al.

Digitized by Google

nei privilegi speciali cui s'è accennato (1) è la ragione della prelazione che apparisce come predominante. Ma concorre a dimostrare la relazione che s'è detto esistere tra il privilegio e la ritenzione, che non è mezzo di conservarlo, ma termine per cui è costituita l'essenza giuridica del rapporto che s'intitola dal privilegio.

Ciò posto, è facile vedere quanto contraddica alla legge la dottrina (2) che distingue il caso di crediti privilegiati e garantiti dalla ritenzione, dall'altro di un privilegio da potersi esercitare fino a quando il creditore tenga presso di sè la cosa cui si riferisce il credito. Nel primo la ritenzione avrebbe vita a sè, e quindi il creditore ben potrebbe opporla agli altri creditori od acquirenti che ne volessero il possesso, senza soddisfarlo del credito per cui gli spetta; nell'altro la ritenzione sarebbe appena il mezzo di conservare il privilegio, e perciò il creditore soltanto privilegiato non potrebbe opporsi a tale pretesa; il privilegio da solo non dà tal diritto, che si può far valere quando è liquidato il valore della cosa, e non dà rispetto a questo un diritto superiore a quello dei creditori chirografari. La qual distinzione argomenta logicamente dal presupposto che il diritto di ritenzione valga a conservare il privilegio, e quindi ne segua interamente le sorti come al tutto dipendente da esso; ma al risultato mal s'adatta il presupposto fallace: la qualità del credito giustifica il privilegio, e dimostra che vi si contengono i termini per cui la ritenzione è conceduta di regola dal diritto odierno. Il rapporto non è dunque soltanto privilegio, ma privilegio e ritenzione; la ritenzione sorregge necessariamente il privilegio per cui s'acquista al creditore quel vantaggio che la ritenzione da sola non gli dà,

---

(1) Ma non sta soltanto qui la ragion di respingere la costruzione esaminata; non si può intendere nella *pignoratio* il diritto al valore accresciuto in conseguenza del credito, mentre nel pegno sarebbe alienazione determinata del valor della cosa; perchè nella ritenzione il valore aumentato è compreso nel valor totale. Vi è dunque *aumento* del valore, e perciò la ritenzione, affinchè il creditore abbia sicurtà di potersi riprendere il valor ch'egli vi ha aggiunto di suo: ma non vi è acquisto di parte certa del valor della cosa. S'intende così la mancanza dell'alienazione, la differenza della ritenzione dal pegno, e gli effetti limitati ch'essa produce.

(2) Perchè se nella *ritenzione vera* si ha l'opponibilità ai terzi (v. la n. seg.), in questa, che sarebbe soltanto mezzo conservativo del privilegio, non si potrebbe non consentire un atto (vendita e concorso) per il quale si consegue il soddisfacimento del credito privilegiato.

Digitized by Google

non potendone derivare la prelazione che inerisce all' alienazion del valore (1).

194. A compiere la ricerca sugli effetti del diritto di ritenzione gioverà di accennare ora ad una regola speciale, di cui si terrà parola in seguito: il diritto del terzo possessore di un immobile, di fronte ai creditori ipotecari iscritti, di far separare dal valore del fondo quella maggior parte che sarebbe derivata dai miglioramenti ch'egli avesse fatto dopo trascritto il suo titolo di acquisto (2). Perchè da questa norma s'è voluto inferire due conseguenze; una, il fatto speciale del dichiarare il diritto del terzo possessore come se gli sia stato conceduto in luogo della ritenzione, negatagli espressamente; l'altra, congetturata dalla relazione ch'è supposta tra questi due provvedimenti, di elevare a regola generale nella ritenzione i termini del diritto conceduto al terzo possessore. E così, dalla norma che concede questo diritto per i miglioramenti fatti *dopo* la trascrizione del titolo, e rispetto ai creditori iscritti, s'è dedotto che la opponibilità della ritenzione dovesse dipendere dalla trascrizione del titolo e dall'anteriorità di essa; a meno che la parte cui si oppone la ritenzione avesse pur lei tralasciato di trascrivere od inscrivere il suo diritto: o se ch'intende di opporre la ritenzione non avesse obbligo di trascrivere il proprio titolo per averne prevalenza di fronte ai terzi: perchè, occorrendo questi due casi, la *buona fede* dell'opponente (dato che tal qualità sia necessaria per aver diritto alla ritenzione), si deve indurre mediante ragionamento ad analogia, da quei termini che valgono a stabilire la buona fede nel determinare la priorità tra più acquirenti successivi della stessa cosa mobile (3).

---

(1) La conseguenza è netta. Il creditore cui spetta il privilegio confortato dalla ritenzione, ha diritto di tener la cosa, opponendosi, se non alla vendita, a che, seguita questa, gli sia tolta? Se la ritenzione è termine prevalente, certo (cfr. App. Pau, 28 marzo 1892, in *J. du P.*, 1893, 2, 225). Ma per la teoria esposta, nella quale la prevalenza è asserita in questi casi al *privilegio*, non è dubbia la risoluzione contraria: altrimenti il creditore privilegiato otterrebbe per la ritenzione un vantaggio superiore a quello che ha dalla legge. Cfr. TROPLONG, *Tr. de gage*, n. 458; App. Pau, cit., che negano il diritto di opporre anche dov'è ritenzione propria.

(2) Cod. civ., a. 2020.

(3) Cod. civ., a. 1126.

Digitized by Google

La costruzione è difettosa; argomenta da una supposizione che mal risponde alla regola sui miglioramenti fatti dal terzo possessore; altra da quella che si suppone, è la ragione della legge; il creditore ipotecario esercita un diritto sulla cosa per il valore che vi è contenuto, e che gli è stato alienato, e che il terzo possessore sa doversi dedurre dal diritto a lui trasmesso. Se questo è l'oggetto dell' ipoteca, e se la liquidazione del valor della cosa è diretta a determinarlo, il terzo possessore male potrebbe opporre la ritenzione per i miglioramenti; potrà solo obbiettare che l'alienazione si riferisce al valore della cosa com'era prima dei miglioramenti fatti, e fatti s'intende, dopo la trascrizione del titolo, perchè altrimenti rispetto al creditore ch'è terzo avente diritto sulla cosa, l'acquisto non ha efficacia, lui. Nè altro è il criterio seguìto dalla legge; il terzo possessore non può creare difficoltà, con la ritenzione, a che sia esercitata l'alienazion di valore avvenuta prima che fosse trascritto il suo titolo d'acquisto; se ha migliorato separi il valore del miglioramento, non compreso in quell'atto. La liquidazion della cosa dà intero soddisfacimento ai diritti che concorrono su di essa, senza trovarsi per questo in conflitto, perchè hanno ad oggetto una parte distinta, determinata del valore totale.

Dalla qual decisione si potrebbe inferire che la ritenzione, pur essendo diritto di garanzia reale, non contiene alienazione di valore (1), e quindi cede di fronte al diritto di garanzia più forte dove questo elemento sia contenuto, purchè le parti contendenti abbiano rispettivamente osservato le forme di legge, che le pone nella condizione di terzi aventi diritto sulla cosa. Perciò, come il creditore con vera garanzia reale immobiliare deve iscriverla per farla valere: così, rimpetto a lui, ha qualità di terzo che legittimamente ha migliorato la cosa tenendola per sua, chi ha trascritto il proprio atto di acquisto; e se l'iscrizione afferma rispetto all'opponente la esistenza della garanzia reale, la trascrizione fissa il limite della separazione cui ha diritto. Ma accogliendo questa costruzione si snatura di molto il provvedimento ordinato dalla legge; se non vi è contenuto termine che si connetta al concetto di ritenzione, non bene si possono riferire a questo istituto elementi che son propri a quello che vi è regolato. Ora, l' intendimento è

(1) È cosa superflua insistere su di questo concetto: tanto pare di averlo accertato.

Digitized by Google

di regolare l'esercizio di due diritti concorrenti sulla cosa, ma con oggetto diverso; uno, quello del creditore ipotecario, cade sul valore, e l'altro, quello del terzo possessore, cade sulla cosa per sè; e siccome il creditore non può esercitare il diritto che ha, e che, per l'antecedente iscrizione ha virtù anche contro il terzo possessore, senza vendere la cosa a fin di liquidarne il valore, così l'azione sua non è diretta ad eliminare il diritto del terzo possessore, ma l'esercizio legittimo del suo potere reale. Il terzo possessore può separare il valore che la cosa ebbe in più dai miglioramenti ch'egli fece; atto legittimo pur questo, perchè i miglioramenti vennero fatti da chi esercitava con ciò il diritto di proprietà; e per accertare l'esistenza di tal diritto rimpetto al creditore che ha acquistato e conservato un rapporto reale verso la stessa cosa, e per dare così fondamento al rapporto del terzo verso la parte migliorata, aggiunta, è limitato il diritto di separazione ai miglioramenti eseguiti dopo la trascrizione del titolo. Si direbbe che questo diritto di separazione rappresenti la separazione che il terzo ha diritto di proporre contro il creditore che procede su degli immobili, come fossero del debitore espropriando (1); soltanto, che qui non è possibile ammettere la rivendicazione vera, per la non separabilità materiale della cosa, e vi è sostituita la separazione del valore. E meglio è affermare, che il terzo possessore ha per il rimborso dei

(1) Cod. di proced. civ., a. 699. Opportunamente è qui ricordato il diritto di separazione consentito al terzo: perchè se l'espropriante potesse giovarsi dei miglioramenti, esperimenterebbe il suo diritto su cosa non appartenente al suo debitore. Nè rileva l'union di essi al fondo cui sono acquistati, perchè il *diritto* del terzo possessore è salvo per la trascrizione, di fronte al procedente; la trascrizione afferma, col diritto sulla cosa, il diritto alla *separazione* di un valor proprio di lui. Ma nella ritenzione avviene altrimenti: non vi è diritto acquistato sulla cosa.

Questa considerazione concorre a chiarire perchè al terzo possessore non sia data la ritenzione. Ma essa e la considerazion precedente non bastano a spiegare le difficoltà tratte dal testo della legge; perchè se il terzo possessore ha diritto ai miglioramenti fatti dopo la trascrizione del suo titolo, non si può dire che abbia la ritenzione per quelli fatti anteriormente; sarebbe più favorito in questo che nell'altro caso. La difficoltà non regge; la ritenzione opera contro chiunque, ma nei casi in cui è consentita dalla legge: ora, al terzo possessore non è mai conceduta nei rapporti col creditore espropriante, se la condizione di esso non consti nella forma di legge. La trascrizione serve quindi a porre in rilievo di fronte ai terzi, non la qualità di ritentore, ma quella di terzo possessore, ed in tal condizione giuridica questi non ha la ritenzione, ma separa la parte di valore costituente cosa non propria dell'espropriando.

Digitized by Google

miglioramenti la qualità di creditore con privilegio immobiliare, e la trascrizione accerta il suo diritto di fronte al creditore ipotecario (1).

195. Per questa ricerca è posto in chiaro che la persona cui spetta la qualità di terzo possessore, ha un diritto reale sul valor della cosa; perciò, da quanto è ordinato su tale argomento mal si possono dedurre i termini necessari all'esercizio della ritenzione di un immobile, che è diritto reale di contenuto assai limitato e ben distinto dal rapporto esaminato. E chi, *nei casi in cui la legge consente la ritenzione*, domanda il rimborso dei miglioramenti, non li pretende come nella ipotesi studiata, in virtù di un diritto reale; non s'ha cioè un concorso di diritti reali, che a malgrado del diverso contenuto possano coesistere, ma di un semplice diritto di credito che se come tale non è sempre opponibile a chi agisce sulla cosa, è tutelato dalla garanzia reale di ritenzione, per la quale non occorre trascrizione alcuna (2). Nè rileva il dire che la trascrizione è richiesta per il titolo: perchè il titolo ha qui perduto vigore, e se lo avesse, il possessore non soffrirebbe molestia giuridica; la ritenzione è unita al suo diritto di credito, ed è principalmente conceduta per la causa che questo ha. Che se poi si volesse aggiungere, come regola (3), l'elemento soggettivo dedotto dalla buona fede del possessore che ha conservato o migliorato la cosa, la trascrizione non sarebbe necessaria a stabilirla, nè, se effettuata da chi agisce sulla cosa, ha virtù di porre il possessore in istato di mala fede; la trascrizione opera rispetto alla pubblicità, ed al modo di dirimere il conflitto tra chi pretende sulla cosa un diritto reale, che rispetto ai terzi non esiste se non è trascritto; ma qui non v'è ombra di tal conflitto, perchè il possessore ristringe la sua pretesa al *credito*, e come s'è detto, è la causa di questo che gli dà il favore legale della ritenzione. Perciò, la buona fede non è qui quella che in modo assoluto è presunta, od esclusa dalla legge per effetto della trascrizione.

---

(1) Così il Cod. civ. sardo (art. 2159, 2209) dava al terzo possessore un privilegio sullo stabile; parimenti, nelle regole sul giudizio di separazione in materia di esecuzione mobiliare, è ordinato che compiuta la vendita, ogni domanda di separazione si converta in opposizione sul prezzo con *privilegio* (Cod. di pr. civ., a. 648).

(2) Nè è possibile che occorra, non essendovi qui trasferimento alcuno di diritto sulla cosa; si ha un'eccezione manifestantesi con forma reale.

(3) Come s'è detto più sopra: v. pag. 403.

Digitized by Google

196. Come avviene dei rapporti contenenti la garanzia di altro rapporto, la ritenzione s'estingue quando cessa di esistere il credito cui si connette; e si può anche estinguere in via *principale* (se il modo or descritto si voglia titolare di *accessorio*), quando soltanto esso vien meno, e riman la obbligazione. Questa seconda maniera può avvenire volendolo il creditore cui spetta la ritenzione, o pur contro la volontà sua; e nella prima ipotesi, la volontà può concorrere espressamente o tacitamente. Nè ora, a queste dichiarazioni occorre aggiungere altro; perchè le ricerche che seguiranno sulla estinzione del diritto di garanzia reale, si possono applicare in gran parte all'estinzione della ritenzione.

Gioverà piuttosto accennare con maggior larghezza alle difese concedute al creditore, se avesse cessato di ritener la cosa senza ch'egli volesse. E qui s'avverta anzitutto, che s'intende restringere il discorso alle difese spettantigli in conseguenza della ritenzione, in quanto cioè si riferiscono direttamente a questo rapporto; di quelle ch'egli può esercitare come creditore che ha diritto di far valere le azioni del suo debitore: e delle altre che gli spettano come creditore senza derivarle dal debitore, si dirà nel trattato delle difese onde ha tutela il rapporto di garanzia reale. Delle difese che *direttamente* si riferiscono alla ritenzione, occorre distinguere quelle che derivano dal possesso (in genere) contenuto nel rapporto, dalle altre che derivano dall'obbligazione cui la ritenzione *non propria* si riferisce; le prime si restringono alla *reintegrazione* (1) che può essere esercitata a tutela di qualunque possesso, qualunque sia la cosa su cui lo si ha: alle seconde appartiene l'azione nascente dal contratto, se il rapporto è nato per virtù di questo negozio giuridico, e come la reintegrazione può essere fatta valere contro l'autore dello spoglio (2), così l'azione contrattuale si può esperire contro le persone cui s'estende il vincolo derivato dal contratto. Avverso la qual distinzione, parrà di poter opporre il difetto di contraddizione alla critica fatta alla teoria che estende la ritenzione, fondandola sul contratto o quasi contratto, dov'era considerata la ritenzione come atto legittimo del creditore, includente, entro nuovi termini, l'antico concetto della *pignoratio*. L'osser-

(1) Cod. civ., a. 695. V. Chironi, *Ist. di D. C.*, § 126; *Quest. di Dir.*, p. 12, 57 e segg. e gli Aut. ivi citati.

(2) Chironi, l. cit.

Digitized by Google

vazione non regge: s'è distinto in conseguenza della separazione tenuta come termine fondamentale nell'esposizione della teoria, tra la ritenzione propria, e quella inerente alla bilateralità del negozio. Nella quale, il creditore trae dal contratto il credito *garantito*, e se la cosa è presso il debitore può ridomandarla con l'azion contrattuale, per cui l'obbligato non può opporsi a che il creditore la tenga fino a quando non sia adempita l'obbligazione derivante dal vincolo tutelato con la ritenzione impropria (1).

Ma, secondo s'è detto, non pare si possa concedergli l'azione ch'è data per il ricupero della cosa mobile al proprietario, od a chi abbia su di essa un diritto reale (2); certo può esercitarla come avente causa del debitore, ma non per sè, in virtù cioè del suo diritto. Apparentemente si potrebbe notar qui una contraddizione alla risoluzion tenuta sul carattere della ritenzione, perchè se è diritto reale, e storicamente vi è contenuta la *pignoratio*, non s'intende come non le si possa attribuire quella difesa ch'è pur conceduta al creditore pignoratizio; ma s'avverta che non basta avvisare alla qualità di diritto reale: è pur necessario di badare alla entità speciale ch'esso ha. Ora, qui il diritto reale non cade sulla cosa per sè, o per il valore che vi è; si riferisce soltanto al fatto del *tener la cosa*, e con la cessazione di esso vien meno pure la realità: e ciò vuol dire che il creditore potrà rimettersi nella posizione giuridica che aveva verso la cosa, quando la ricuperi con azioni derivanti dal possesso (in genere), o dal contratto nella ritenzione non propria; ma non ha difesa che emani direttamente dal diritto reale di ritenzione: lo vieta il contenuto speciale, assai ristretto, della realità che è nell'istituto.

Potrà valersi della *condictio indebiti* per ricuperare la cosa? Si può dubitarne, perchè chi ha ricevuto la cosa vi aveva diritto, e chi l'ha consegnata non contendeva su questo punto; e poi, se il fatto del tener la cosa è cessato con la consegna avvenuta volontariamente, si deve tener cessata la ritenzione: onde parrebbe giusta la risoluzione che si trae da qualche testo (3), sull'impossi-

---

(1) Come si è già avvertito, accennando alla rivendicazione consentita al venditore di cosa mobile rimasta impagata.

(2) Cod. civ., a. 707.

(3) *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus repetere non possumus.* L. 51 D. (XII, 6).

Digitized by Google

bilità di ripetere la cosa sulla quale s'aveva la garanzia dalla ritenzione. Difficoltà grave, perchè i termini della *condictio indebiti* concorrono a dimostrare che il creditore può legittimamente ripetere; s'egli ha consegnato la cosa, è tuttavia certo che la consegna seguì per *errore*; sebbene il creditore sappia che la cosa è di spettanza del consegnatario, pure l'errore è nella credenza che sia estinto il debito per cui s'aveva la ritenzione, e con ciò il consegnatario avesse diritto alla cosa come libera da tal garanzia. La consegna (quasi fosse pagamento) è fatta a chi *non ha diritto di averla* senza estinguere il credito *cum re iunctum*. Si potrebbe tentar di costruire sulla condizione risolutiva tacita com'è intesa nelle leggi francese ed italiana, in relazione cioè alla causa del negozio; e dire, che la bilateralità esiste nella corrispondenza fra l'obbligazione di rimborsare la spesa, esistente a carico di chi domanda la cosa, e quella di consegnare imposta a chi si vale della ritenzione: onde l'azione tendente a riaver la cosa, a fin di mantenere su di essa la garanzia dipendente dalla ragion del rapporto istituito dalla legge. Ma la costruzione non è esatta: la ritenzione che è nella bilateralità, è al tutto distinta dalla ritenzione propria qui esaminata; e poi sarebbe scorretto invocarla dove non ne occorrono i termini, perchè la causa dell'obbligazion di rimborsare non deriva direttamente dall'obbligazione di rendere la cosa; e se in quest'ultima la corrispondenza vi è, ciò dipende dall'entità del diritto di ritenzione, ch'è rapporto di *garanzia*. Badando a questa entità, ben si può accogliere la prima costruzione proposta; che la *restituzione* della garanzia avvenuta per errore, dà luogo a ripetizione, perchè se fatta nella falsa opinione che il credito non esistesse più, è avvenuta senza causa (1).

197. Dalle cose esposte apparisce che la ritenzione, a causa della specialità del contenuto, non produce azione; s'è visto che le difese che tutelano la ritenzione vera, derivano da un elemento che non le è proprio, com'è il possesso; e nell'impropria son dedotte dal rap-

---

(1) Cfr. tuttavia DERNBURG, *Pandekt.*, II, § 21. S'intende, che conceduta la *condictio* nell'ipotesi esaminata dov'è considerata la ritenzione propria, a maggior ragione si deve ammetterla nella ritenzione inerente alla *causa* nei negozî bilaterali: qui è proprio questione di *pagamento* senza causa. WINDSCHEID, op. cit., §§ 321, 426.

Digitized by Google

porto cui si riferisce, e tale è il contratto. Perciò tendono a riporre la cosa in quei termini per i quali è possibile riacquistare la ritenzione; nè s'argomenti da ciò, che, dato il rapporto fra il diritto e l'azione, qui non s'ha vero diritto e tanto meno un diritto reale, perchè la ristrettezza del contenuto che è in esso se non dà nascita all'azione, dà origine aduna difesa giudiziale commisurata a quello; e questa difesa è la *eccezione*.

Nel diritto antico si faceva valere con la *exc. doli*, e nel diritto odierno, s'ha lo stesso criterio, perchè la natura giuridica dell'istituto non ebbe cangiamento; ond'è, che la ritenzione deve essere chiesta come eccezione da opporre nel giudizio nel quale è chiesta la cosa (1); e si può inferire da ciò, che l'aver trasandato di farla valere come eccezione è modo con cui s'estingue, presumendosi che sia occorsa tacita rinuncia a valersene (2).

198. Parrebbe che al concetto esposto dell'impossibilità che il diritto di ritenzione produca azione, si debba fare qualche eccezione: difatti nel privilegio del vettore questi può esercitare la prelazione entro un dato termine, anche dopo aver consegnato la cosa al destinatario (3): e si potrebbe argomentarne, specialmente secondo la teoria esposta della relazione tra il privilegio e la ritenzione, che l'azione tuteli questo rapporto. Ma se ben si bada, qui l'azione è data eccezionalmente al privilegio ed è diretta a conservarlo; non è dunque la ritenzione che produce la difesa, ma il privilegio nel quale si confonde (4). Tanto più, che l'azione non tende a riporre la cosa nel possesso del vettore (5): se anche fosse così, l'effetto relativamente alla ritenzione sarebbe indiretto; ma tende soltanto, a che il vettore, facendo valere il suo credito, proceda al sequestro della cosa, e liquidatone il valore, sia soddisfatto con prelazione di tutto l'avere che gli spetta.

---

(1) Cod. civ., a. 701.

(2) Il silenzio non è qui spiegabile in altro modo; occorre la riserva espressa a conservare intatto il diritto.

(3) Cod. civ., a. 1958, 9°.

(4) Il privilegio, pel suo proprio carattere, ha intera prevalenza: e s'è già osservata, e meglio sarà studiata in seguito, la necessità di tutelare il vettore, obbligato per il suo contratto alla consegna della cosa, di cui il consegnatario ha interesse a verificar lo stato entro il termine voluto dalla legge o dal patto.

(5) La questione sarà studiata nella parte speciale del trattato.

Digitized by Google

§ 3.

Di alcune figure dove la garanzia reale è soltanto apparente.

SOMMARIO. — **199.** Quali siano queste figure. Azione pauliana, trascrizione del precetto fatto dai creditori chirografarî; fallimento. — **200-202.** Esame particolareggiato rispetto a ciascuno di questi istituti.

199. I creditori chirografarî, in conseguenza del diritto di credito, hanno rapporto verso il patrimonio del debitore. La legge italiana, seguita la francese (1), esprime questa relazione asserendo che il patrimonio del debitore costituisce la garanzia generale dei creditori, i quali concorrono su di esso con ragione uguale, quando non abbiano un motivo speciale di prelazione nel privilegio, o nel pegno (in genere); ma l'espressione non corrisponde alla vera entità della cosa, perchè quel rapporto non è garanzia: è soltanto effetto dell' obbligazione, o più propriamente di un termine che vi è contenuto, e che talvolta (2) prevale sull'altro che dà il concetto originario dell'obbligazione; cioè effetto dell'elemento patrimoniale. Si dichiara così l'egual ragione del concorso dei creditori chirografarî sul patrimonio, ed il fatto ch'essi non hanno modo giuridico di lagnarsi degli atti con cui il debitore l'avesse diminuito, perchè il loro è rapporto di obbligazione, non reale; e la dizion della legge conferma pure la costruzione esposta sulla relazione tra il patrimonio e la cosa specialmente sottoposta a pegno, dove s' ha la concentrazione, la determinazione in una data cosa di quella garanzia generale: non nel senso che vi si voglia riassumerla tutta, ma che la funzione del patrimonio si manifesta anzitutto in quella parte determinata. Ma qui non s'ha garanzia vera; la locuzione adoperata ha fondamento in ciò, che dall'obbligazione par debba escire principalmente il vincolo *personale*, e che mancato l'adempimento dell'obbligato, il diritto di procedere all'esecuzione sui beni che gli appartengono, abbia qualcosa del rapporto sussidiario della malleveria; ma il concetto di rapporto *reale* non vi si riscontra affatto.

---

(1) Cod. civ., a. 1949 cit.

(2) Sulla struttura dell'obbligazione, e sulla rilevanza dell'elemento patrimoniale, s'è discorso ampiamente nel cap. II.

Digitized by Google

Si avrà la stessa risoluzione, quando l'azione dei creditori si fosse manifestata direttamente, immediatamente sul patrimonio, o su qualche parte speciale di esso? s'avrà in questo fatto la immagine di quella insistenza dov'è soppresso l'elemento personale intermedio tra il creditore e la cosa, e dà il contenuto del diritto reale? La questione scende da queste generalità a importanza grande in tre ipotesi speciali: se i creditori procedono all'esecuzione sui beni del debitore; se è stata chiesta ed ottenuta la dichiarazion del fallimento, e nell'interesse della massa si liquida il patrimonio del fallito; se il creditore, il quale per ordinario non ha diritto di opporsi all'atto col quale il debitore diminuisce il proprio avere, può chiederne la nullità quando constasse che lo si è voluto (*consil. fraudis*) in suo danno (*ev. damni*); in queste ipotesi par s'abbia un rapporto diretto verso i beni, così da porre nel luogo di quella garanzia generale, la garanzia reale propria. E s'aggiunga un'altra considerazione; i creditori che procedono sugli immobili debbono trascrivere il precetto immobiliare, e dalla data della trascrizione il debitore non ha potere di disporre della cosa di cui i frutti sono immobilizzati (1); dichiarato il fallimento, il fallito non può disporre dei suoi beni, nè amministrarli (2); il creditore che istituisce l'azione pauliana, può rivolgere gli effetti della rivocazione contro tutti i terzi che avessero acquistato diritti sull'immobile dopo la trascrizion della domanda di rivocazione (3), e contro quelli che li avessero acquistati prima, purchè partecipi di frode (4). Coerentemente al principale criterio onde s'informa la legge della trascrizione (5), parrebbe che compiuta questa formalità,

(1) Cod. civ., a. 2085.

(2) Cod. di comm., a. 699.

(3) Cod. civ., a. 1235.

(4) Cod. civ., a. cit. Si avverta che la trascrizione fa conoscere qui l'azione esercitata avverso dell'*atto*, perchè compiuto in frode dei creditori: senza tener conto della natura delle cose che possono esservi dedotte.

Riman sempre il dubbio, che l'azione è fatta valere contro l'atto, e manca perciò il rapporto con la cosa; ma se ben si considera, è il diritto a *conservar* la garanzia, che dà fondamento all'atto, e di qui la *realità* che è nell'azione.

(5) Non è questo luogo atto a ricercare qual sia l'entità giuridica della trascrizione, e com'entri nel sistema tenuto dalla legge rispetto all'acquisto della proprietà e dei diritti reali: meno poi, a discuterne la bontà. Di ciò in seguito.

L'affermazione fatta nel testo è dedotta dal fine della trascrizione: porre i terzi in avvertenza dell'azione che si esercita, a modo da non poter in seguito obbiettare la buona fede: e ciò in via assoluta.

Digitized by Google

i creditori abbiano conservato diritto e qualità di terzi rispetto agli immobili; e quindi gli atti compiuti anteriormente dal debitore non siano opponibili ad essi, se il diritto che ne deriva non sia stato affermato con l'anteriorità della trascrizione. Ora, che l'aver dato compimento a questa formalità affermi nel creditore l'esistenza del diritto reale sulla cosa, non è buona asserzione giuridica; perchè questa formalità se rivela ch'esiste il rapporto non ne costituisce l'entità, che ne rimane affatto indipendente così nel senso della validità come dell'invalidità. Essa, per il sistema accolto nella legge, afferma rimpetto ai terzi l'esistenza del rapporto cui si riferisce, e dà modo di dirimere il conflitto fra i terzi che hanno acquistati diritti reali sulla stessa cosa; da questo lato, e dentro questi termini, meglio che modo di conservare sarebbe modo di acquisto del diritto; ma siccome fra le parti e gli eredi non si può discutere dell'atto solo perchè quella formalità manchi, così questa par vòlta alla conservazione dell'acquisto. E nel concetto vi ha, almeno in apparenza, una contraddizione; del che a suo luogo.

Accertato questo punto, è necessario ricercare se la realità non conferita dall'esecuzione della formalità, non sia invece nel rapporto tra i creditori ed il patrimonio del debitore; nè basta dedurre dalla costruzione proposta, per dichiarare ch'esso è contenuto nell'obbligazione: perchè se la trascrizione e l'iscrizione occorrono per affermare un diritto sulla cosa, è d'uopo riconoscere che nella ipotesi esposta il fine non è diverso. E se in pari tempo in quel rapporto, considerato per sè, manca la realità, si deve osservare come in esso esista bene un momento, nel quale è la realità che dev'essere manifestata con quelle forme.

200. Ragionando così, appare evidente l'insufficienza della teoria (1)

---

(1) In virtù della trascrizion del precetto, cessa la disponibilità della cosa nel debitore proprietario, e non soltanto, secondo si dirà nella parte speciale, rispetto alla trasmissione della *proprietà*, ma rispetto alla costituzion di qualunque diritto su di essa: non è possibile, senza introdurre grave contraddizione nella ragione stessà del provvedimento, fermare a mezzo una indisponibilità ordinata per impedire ogni diminuzione patrimoniale per cui fosse deteriorata la garanzia dei creditori.

Ora, avvertendo a questi due fatti, è facile intendere come il precetto affermi la volontà dei creditori di valersi della garanzia (in genere) offerta dal patrimonio del debitore; la trascrizione rende pubblica tale azione, e dal momento in che av-

Digitized by Google

che asserita alla trascrizion del precetto immobiliare gli effetti ordinati dalla legge, e cioè la soppressione nel debitore della facoltà di disporre, e l'immobilizzazione dei frutti, afferma che se a malgrado di ciò la proprietà della cosa riman sempre nel debitore, è certo che da quell'atto non deriva diritto reale a favore dei creditori. Ma è appunto su questi due fatti che bisogna insistere, perchè rivelano una maggiore intensità del rapporto tra i creditori ed il patrimonio del debitore; se la trascrizione non può *per sè* creare una relazione giuridica, è certo che per essa si dichiara il momento in cui quel rapporto assume carattere di reale. Questo momento è, secondo i principî svolti (1), l'*esecuzione;* il rapporto patrimoniale nascente dall'obbligazione, giustifica l'*esecuzione reale* (2), ma finchè non sia iniziata, non muta la propria entità; la mutazione avviene quando il creditore esercitandolo, *liquida* il patrimonio del debitore per trarne quel valore che gli spetta in virtù della obbligazione, e calcolato secondo tutti gli elementi che risultano dal non adempimento. Ora, questa liquidazione, che è l'*esecuzione reale* dell'obbligazione, induce la insistenza diretta sulla cosa; s'intende che il debitore non ne perde la proprietà, perchè l'azione dei creditori non tende a disconoscerla, ed anzi la presuppone: essi non vendono cosa propria, ma liquidano quel che il debitore ha e tien per suo, a fin di sostituire all'oggetto in natura del suo diritto di proprietà, il *valore* sul quale poi concorrono. Questa *liquidazione* induce la realità, nel senso che ha per fine di mantenere il patrimonio com'è giuridicamente nell'istante in cui s'apre; in vista dell'*esecuzione reale* che s'appresta all'obbligazione, il diritto dei creditori assume il carattere di rapporto reale. La realità è contenuta nella liquidazione, e quindi per affermarla efficacemente, la necessità della trascrizione; ma ciò non implica la necessità del rapporto di garanzia, che richiede il termine di *alienazione* del valore.

---

viene si manifesta la realità del rapporto diretto alla liquidazione. Che se si dicesse dipendere allora la realità dalla trascrizione, è facile rispondere che la trascrizione pone in evidenza ed afferma quella realità inerente all'azione contenuta nel precetto: e s'intende che la disponibilità non è tolta prima al debitore, perchè la indisponibilità rispetto ai terzi deriva, nell'ipotesi esaminata, dall'affermazione della realità mediante la trascrizione.

(1) V. il cap. I.

(2) V. il cap. cit.

Digitized by Google

La correttezza di questa teoria si rivela anche di fronte alla proposta di distinguere secondo che la vendita sia avvenuta prima del precetto, o dopo: nel primo caso avrebbe sempre valore, sebbene non trascritta, perchè il creditore, che è avente causa del debitore, non ha diritto di dolersi contro l'atto onde riman diminuito il patrimonio, ed il precetto sarebbe perciò fatto *super non domino;* nel secondo, sarebbe fatto *super domino*, e l'anteriorità della trascrizione deve risolvere il conflitto. Alla qual dottrina s'obbiettò giustamente (1), d'intendere in modo disforme l'efficacia della trascrizione, perchè ammettendola come fa nella seconda ipotesi, non v'è motivo per non attribuirle anche nell'altra virtù superiore alla vendita non trascritta; e si potrebbe anche aggiungere, che le stesse ragioni per cui nel primo caso si dà valor prevalente a questa vendita, converrebbero a negarla al tutto nel secondo, indipendentemente da ogni ricerca sulla trascrizione.

201. La costruzione proposta, determinando il momento in cui il rapporto patrimoniale investe direttamente la cosa, chiarisce in qual modo la trascrizione intervenga per manifestare questa realità, e attribuire al creditore la qualità di terzo che ha acquistato diritto sull'immobile; onde l'impossibilità di opporre a lui la vendita consentita dal debitore, anteriormente o posteriormente al precetto, ma non trascritta in tempo utile (2). E questo criterio dà pur modo di

(1) Il ragionamento par evidente. Perchè, se da un lato si può dire che il creditore ha la garanzia generale contenuta nel patrimonio, in quello stato in cui è per opera del debitore, nel momento in cui ne intraprende la liquidazione l'afferma con carattere di realità; e se è pur certo che l'indisponibilità a carico del debitore comincia dal momento della trascrizione; pure, anche a non considerare che il creditore è *terzo* per gli effetti di questa garanzia generale, la virtù dell'acquisto dev'essere affermata per l'acquirente mediante la trascrizione.

(2) V. la n. precedente in fine. Riman l'obbiezione dedotta dalla qualità del creditore, al quale si può contestare la condizion di terzo, quando gli si dia soltanto l'altra di avente causa; perchè il creditore, esercitando l'elemento patrimoniale che è nell'obbligazione, segue necessariamente lo svolgersi, in aumento od in diminuzione, del patrimonio, salve a lui in questo ultimo caso le ragioni conservative. Ma si osservi, che se per questa considerazione il creditore ha qualità di avente causa del debitore, quando si consideri l'estensione del patrimonio soggetto alla sua azione: nell'agire sulle cose che lo compongono, è *terzo*, perchè ha rispetto al patrimonio una ragion di garanzia generale, un rapporto di obbligazione, in cui il valore alienato per estendersi in modo non determinato al patrimonio per sè, ne segue le mutazioni.

Digitized by Google

risolvere la questione rispetto al creditore ipotecario, al quale s'afferma (1), non viene dalla trascrizione del precetto alcun diritto diverso da quello che ha per l'onere reale; anche qui si deve badare all'*esecuzione reale*, alla liquidazion del valore, ed è questa *realità* speciale, distinta, che vien manifestata con la trascrizione del precetto. Onde la necessità di mantenere sull'opponibilità della vendita, la stessa risoluzione proposta rispetto ai creditori chirografarî.

Nè altro criterio par si debba tenere per dichiarare il rapporto tra i creditori ed il patrimonio del debitore in seguito al fallimento; che il debitore rimanga proprietario dei beni che vi sono compresi, s'intende, perchè la liquidazione promossa nell'interesse dei creditori suppone questa sua condizione giuridica; ma l'esecuzione reale che s'intraprende allo scopo di ridurre i beni in valore, richiede che si mantenga il patrimonio nello stato in cui è al momento che s'apre la procedura, e questo stato è fissato con la dichiarazione del fallimento. In tutte le ipotesi esaminate, la ragion di decidere invariata è il rapporto patrimoniale contenuto nell'obbligazione, e che per l'esecuzione si trasmuta in reale; onde la necessità di affermarlo coi mezzi di pubblicità richiesti dalla legge civile e dalla commerciale. E secondo si dirà in seguito, e specialmente nello studio del contenuto dell'ipoteca giudiziale, e del tempo utile per inscriverla, siccome questo rapporto patrimoniale non è proprio di un creditore, ma di tutti i creditori chirografarî, perchè non mette capo ad una cosa speciale, sibbene al patrimonio in genere, così la liquidazione iniziata da uno s'effettua rispetto a tutti (2); perciò s'intende, come in conseguenza di questo fatto abbiano scadenza anche le obbligazioni contratte a termine, e che in quel tempo non fosse ancora venuto (3).

---

(1) Cosa rileva se il creditore ipotecario ha una garanzia, che per essere reale, segue la cosa presso qualunque acquirente? Il precetto trascritto non toglie perciò meno al debitore la disponibilità della cosa onerata: restrizione che può essere giovevole al creditore, il quale seguendo la cosa presso il terzo possessore, è costretto a seguir le norme ond'è regolata l'offerta di purgazione (Cod. civ., art. 2040 e segg). S'intende che quest'osservazione non è qui fatta per giustificare la teoria, perchè un incomodo per il creditore non può limitare per sè un diritto consentito dalla legge; il fondamento sta nel divieto inerente alla trascrizion del precetto.

(2) Per mezzo del concorso (Cod. civ., a. 4092; Cod. di proc. civ., a. 651, 708 e segg.).

(3) Cod. di proc. civ., a. 2090.

Digitized by Google

202. Maggiore difficoltà par che occorra nell'azione pauliana: la relazione avvertita tra l'interdetto fraudatorio ed il salviano, desunta dal rapporto che intercede tra i due concetti di garanzia generale prestata al creditore dal patrimonio dell'obbligato, e di garanzia speciale, dovrebbe licenziare a dire che esercitando la pauliana la garanzia generale si realizza, s'afferma sulla cosa; la frode pregiudiziale al creditore, trasformerebbe così il rapporto patrimoniale contenuto nell' obbligazione, e se avverso l' atto col quale il creditore diminuisce l'entità del suo patrimonio il creditore non garantito realmente non ha rimedio, quando invece l'atto sia seguito con frode pregiudiziale egli ha diritto di chiederne la revoca. Pare dunque si manifesti qui la insistenza reale; vero è, che l'azione è data soltanto avverso chi ha concorso fraudolentemente all'acquisto, e che il diritto di seguir la cosa presso chi l'abbia acquistata posteriormente alla trascrizione della domanda di revoca, è dichiarato con lo scopo che ha qui la trascrizione di avvertire i terzi del vizio ond'è macchiata l'uscita della cosa dal patrimonio del debitore, a modo da non potersi più eccepire efficacemente la buona fede: cosicchè non s'avrebbe nel rimedio della pauliana alcuna manifestazione di realità, ma soltanto un mezzo di conservare la garanzia generale del patrimonio avverso chi concorra con frode alla diminuzione; è cioè rimedio contro la frode. E qui si manifesterebbe il fine che dovette essere nella concezione originaria dell'interdetto fraudatorio, e del salviano: riporre cioè nello stato anteriore all'atto diminutivo della garanzia, il patrimonio o la cosa designata.

Ma da queste considerazioni non è vinto il concetto della realità che s'è detto apparire nell'atto; anzi parrebbe il contrario, perchè posto il raffronto del salviano al fraudatorio si verrebbe a ciò: che la *frode* dà al rapporto del creditore verso il patrimonio il carattere di realità di cui per sè è spoglio, pareggiandolo negli effetti a quello ch'è garantito dal salviano. L'affermazione posta così ha dell'esagerato; nel salviano è la manifestazione del diritto nato da un *rapporto reale:* mentre nel fraudatorio, la *realità* è ristretta ad impedire la diminuzione del patrimonio, e quindi al solo mezzo conservatorio, nè attribuisce sulla cosa alcun vincolo reale di garanzia. Qui apparisce la giusta misura della realità contenuta nella pauliana: la misura conservatoria avverso la frode pregiudizievole, senza indurre veruna mutazione nel rapporto esistente tra il patrimonio ed il cre-

Digitized by Google

ditore: e talvolta (1) avverso il solo *fatto* pregiudizievole. Parrà inconseguente che un diritto personale com'è la relazione patrimoniale contenuta nell'obbligazione, sia tutelato da un'azione reale: ma se ben si avverte al concetto esposto, la difficoltà non ha ragion di essere: il creditore ha diritto che sia mantenuta l'entità del patrimonio com'è, contro l'atto che tende avvisatamente a diminuirlo a suo danno. A tanto si restringe la *realità* che non è soltanto nell'azione, e mostra la verità della teoria che il creditore esercitando la pauliana esercita un diritto *proprio* (2). La formola proposta (conservazione del patrimonio com'è) comprende anche quei casi in cui la revoca par si riferisca a cose che il debitore poteva acquistare, e non acquistò (3): perchè il diritto ad averle è già parte del patrimonio, secondo avviene nella prescrizione compiuta, e nella successione *mortis causa* (4). Sui quali punti si potrebbe anche osservare, come non vi occorrano la frode e l'*ev. damni* con quella intensità che nella pauliana (5): risultato cui si giunge affermando che l'intenzione è richiesta qui rispetto al debitore, es-

---

(1) La realità dell'azion pauliana starebbe dunque in ciò: che mentre il creditore non ha per l'elemento patrimoniale concorrente alla struttura giuridica della semplice obbligazione, se non un rapporto col patrimonio in genere, e non potrebbe quindi opporsi alle mutazioni che per via di alienazione avvengono rispetto alle cose speciali onde questo consta; per effetto della frode e del conseguente danno, può, *insistendo* su di esse, impedire tal mutamento. Sia pure che si voglia colpire l'atto, *impedendo che sia produttivo di effetto nocevole all'instante;* ma l'effetto che si vuole ottenere è di lasciar la cosa nel patrimonio, e quindi nella garanzia generale, attribuita dalla legge al creditore; sia pure che la *frode* è elemento soggettivo: la trascrizione della domanda deve porre in guardia i terzi dall'acquistare la cosa escita con frode dal patrimonio, e li costituisce assolutamente in mala fede. Che rileva se per i trasferimenti anteriori è data l'azione soltanto contro i terzi *partecipi* di frode?

La regola della pubblicità suggerirebbe qui la soluzione contraria, perchè la presunzione dovrebbe esistere dal momento in cui il creditore fa conoscere l'esercizio di un diritto a lui proprio verso il primo acquirente, rispetto al quale esistono i termini della pauliana; e l'eccezione è soltanto giustificata dalla *mala fede*, dalla scienza della frode ch'è partecipazione ad essa, e dal principio *malitiis haud indulgendum*. Se la *frode* e l'impedimento di essa dàn ragione dell'istituto, non si poteva non far qui un'eccezione alle deduzioni rigorose dal sistema di pubblicità regolato dalla trascrizione.

(2) Per la conservazione della garanzia.

(3) V. su questo punto, CHIRONI, *Ist. di D. C.*, § 308; *Quest. di D. C.*, p. 14, 173, 321.

(4) Cod. civ., a. 959, 2112.

(5) V. la n. 3.

Digitized by Google

sendo l'atto unilaterale, e può dirsi contenuta nell'atto stesso; il *danno* è il fondamento diretto dell'azione, giustificando l'interesse del creditore a moverla.

A chiuder queste considerazioni, è opportuno notare che i due risultati ottenuti, *a*) il non cangiamento del rapporto di obbligazione in reale, e *b*) il diritto di conservare l'entità del patrimonio contro gli atti che frodolentemente intendono a diminuirlo, accertano che l'oggetto cui si riferisce l'azione, non è proprio del creditore, ma di tutti i creditori. Ond'è, che il prodotto dell'azione pauliana male si può restringere a vantaggio del solo creditore che l'ha intentata (1), sebbene sia certo che non ha tal carattere il pagamento fattogli dopo intentata l'azione: egli solo ha diritto a profittarne, perchè diretto ad estinguere, l'*interesse particolare* che egli aveva ad intentarla, e ch'è ristretto al suo credito (2). E si ha pure un'altra conseguenza che sarà maggiormente svolta in seguito: posta la relazione avvertita tra la garanzia generale offerta dal patrimonio, e quella speciale consistente nella sicurtà reale prestata dallo stesso debitore, il creditore ipotecario ha diritto di esercitare la pauliana, malgrado che in virtù del suo diritto possa agire sulla cosa, anche se passata in dominio di altri (3).

---

(1) Cfr. Chironi, *Ist. di D. C.*, § 308. La risoluzione è dedotta dall'entità della garanzia: è generale ai creditori, non propria ad uno di essi, a meno che la cosa non fosse oggetto di privilegio generale o speciale. V. App. Bordeaux, 2 luglio 1890 (*J. du P.*, 1891, 1, 92); App. Bourges, 18 luglio 1892 (*J. du P.*, 1893, 2, 210). S'intende dei creditori anteriori all'atto; nè rileva ricercare se la frode fosse diretta a danno di creditori futuri. Cfr. Cass. fr., 5 genn. 1891 (*J. du P.*, 1891, 1, 355); e App. Bourges, cit.

(2) Il pagamento è vôlto ad estinguere l'obbligazione, il credito ch'è personale al creditore: e la risoluzione accolta rivela nettamente il diverso oggetto della pauliana, ch'è la conservazione della garanzia, *comune* per entità sua ai creditori.

(3) Il creditore ipotecario ha nel suo diritto reale di garanzia su cosa del debitore, la specializzazione della garanzia generale; per conseguenza egli può ben valersi delle azioni dirette a conservare questa garanzia, che non vien meno per aver il creditore quella determinata per via dell'ipoteca. Nè è da trasandare il pericolo per il creditore che l'alienazione sia consentita, concorrendo la frode dell'acquirente, per angariarlo con la procedura dell'offerta di purgazione, com'è possibile se il creditore fosse in condizioni finanziarie da non poter fare l'aumento necessario. Ma questa considerazione può dar luogo a grave dubbio, ed a ricerche per la fissazione del criterio sulla *frode*: come si dirà più ampiamente a suo luogo. V. Chironi, in *Riv. ital. per le sc. giurid.*, 1890, fasc. 2, § 1; e C. di Angers, 13 luglio 1888 (*J. du P.*, 1889, 1, 613).

Digitized by Google

CAPITOLO VIII.

La nascita del diritto di pegno.

Generalità.

Sommario. — **203-204**. Elementi che concorrono per dare esistenza al diritto di pegno. Il credito. La cosa gravata. Fonti da cui può derivare.

203. I ragionamenti tenuti sull'entità del diritto di pegno, fanno agevole la posizione dei principî rispetto al conoscere cosa occorra per dare nascita a questo rapporto di garanzia reale: lo *scopo*, contenuto tutto nella *sicurtà*, accenna per sè alla necessità del *credito* da garantire, ed alla *cosa* sulla quale esso si esplica. Il nesso tra questi due termini ed il pegno sarà meglio ricercato in seguito, scrutinando se il credito vi si riferisca in qualità di elemento così intimo, che la sua esistenza determini la nascita del pegno consentito antecedentemente, oppure concorra soltanto a dargli efficacia dal dì in cui è stato costituito; la qual ricerca darà i criteri sulla misura della dipendenza del pegno dal credito garantito; qui, a preparar la via, basterà determinare con grande precisione lo scopo della garanzia.

Questa, secondo s'è detto, suppone il credito: e perciò la distinzione del rapporto di pegno dagli altri rapporti in cui si contiene l'alienazion del valore di cosa speciale. Ma, abbenchè il fine dell'istituto sia stato designato con quel termine, nello studio della relazione tra il credito ed il pegno occorre sia sempre presente il concetto dell'*esecuzione reale* che vi è contenuto; perchè questa relazione è diversa, a misura che vi predomina la figura dell'esecuzione reale, o l'altra di garanzia. Vero è, che di garanzia o sicurtà s'è pur titolata l'esecuzione reale specializzata su certe cose del patrimonio del debitore: ma le indagini fatte, e che saranno compiute in seguito, mostrano l'esattezza di quella distinzione fondamentale nella natura del pegno; e quindi del principio che la garanzia costituita sui beni del debitore ha figura prevalente di *esecuzione reale*, la quale nel riferirsi all'obbligazione, la rende con figura di realità, onde il pegno parve la stessa obbligazione riflessa sulla cosa (*obligatio rei*). E questo rapporto fa sì, che tra il credito garantito

Digitized by Google

e la garanzia reale sia intimità maggiore di quanto non esista nel caso di sicurtà costituita per il debito di terza persona: è la stessa obbligazione, che viene eseguita sul patrimonio del debitore, perchè l'esecuzione sulla cosa specialmente indicata non la toglie perciò al patrimonio dell'obbligato. Ma per la giustezza stessa della osservazione, bisogna ben guardarsi dall' esagerarne la virtù; pur ammettendola, la nuova figura dell'obbligazione risponde a quella del rapporto reale contenente alienazion di valore, e la misura della sua efficacia è nel concetto che dove l'esecuzione reale s' unisce alla garanzia, il nesso fra quel termine e l'obbligazione induce la necessità che al rapporto reale si comunichi qualunque atto si riferisce al personale: mentre, dove domina il termine di garanzia, l' indipendenza dei due rapporti è maggiore. Tutto si riduce dunque alla maggiore o minor dipendenza di un rapporto dall'altro, per rispetto agli atti consentiti relativamente al rapporto di realità: nè si disputa se quel maggior nesso avvertito debba indurre l' influenza di qualcosa di personale nel rapporto reale di garanzia (1).

Perciò, se la cosa onerata era nel patrimonio del debitore che ha costituita la garanzia, o vi è entrata posteriormente (anche se in origine la sicurtà fosse costituita dal terzo diventato poi autore del debitore) o ne è uscita, il termine di esecuzione reale inerente al rapporto, eserciterà la virtù ch'è stata descritta; se invece la cosa è onerata dal terzo in servigio dell' obbligazione altrui, la virtù dell'onere, per il manco di dipendenza, deriva tutta dalla figura di garanzia. Ma nei due casi, secondo si dirà, l'esistenza del credito è necessaria, perchè abbia vita il rapporto di pegno al quale altrimenti verrebbe meno il fine.

204. La specializzazione che è nel pegno, qualunque sia in esso la prevalenza delle due figure descritte, e l'alienazione del valore ch'è termine essenziale dell'istituto, richieggono una *cosa* sulla quale si costituisce l'onere reale. Studiando la questione rispetto al concetto generale di garanzia, la ricerca sarà tenuta lasciando da parte tutto quello ch'è proprio degli istituti in cui esso toglie forma speciale.

---

(1) Come parrebbe, per il riflettersi, di già avvertito, dell'obbligazione sulla cosa onerata a titolo di garanzia. L'argomento avrà larga trattazione in seguito, nello studio sulla nascita, l'esercizio e l'estinzione del rapporto reale di pegno.

Digitized by Google

E lo stesso metodo verrà pur tenuto nell'indagare i fonti della garanzia reale: la legge cioè, e la volontà della persona cui spetta il potere di disporre della cosa sottoposta a sicurtà.

§ 1.

Il credito garantito.

SOMMARIO. — **205-218.** L'esistenza del *credito*, termine *essenziale* al pegno. Applicazioni.

205. Il rapporto di sicurtà reale non ha vita se manca il credito che dev'esserne garantito: se vi ha prevalenza del termine di esecuzione reale, s'intende che la maggiore intimità avvertita richiede necessariamente il rapporto personale cui il reale si collega, perchè mal si direbbe di esecuzione sulla *cosa* d'una obbligazione non ancora esistente; quel che non è non può dar l'idea d'esecuzione. E se prevale l'elemento della garanzia il risultato non muta: si garantisce un'obbligazione che è, e dal momento che è.

La posizion del principio, dedotto immediatamente dalla struttura del rapporto di garanzia, dà modo di precisare qual sia la relazione tra questa ed il credito garantito: parrebbe, secondo è stato assai validamente sostenuto, che deducendo dalla realità del rapporto, si possa costituirlo anche se non esiste il credito da garantire, ma sottoponendone la perfezione della nascita all'esistenza di questo termine: cosicchè, da un lato la realità indurrebbe la indipendenza del rapporto, e dall' altro lo scopo della garanzia la restringerebbe in modo, che la sicurtà reale costituita senza il credito avrebbe figura di rapporto condizionale (1). La qual dottrina

---

(1) Tale è il concetto esposto dal WINDSCHEID, in *Arch. f. C. P.* (1852, XXXV, p. 5 e segg.: *üb. d. Wirk. d. erfüllt. potestativbed.*); dal FITTING, *Begr. d. Rückzieh.* (Erlang., 1856), p. 42 e segg., e ripresa dal DERNBURG, op. cit., § 69; SCHOTT, monogr. cit.; ENNECERUS, *Rechtsgesch., Bedig., u. Anfangsterm.* (Marb., 1888-89), p. 265 e segg. Ora, non par si debba accogliere l'indipendenza del pegno così da dargli immediata efficacia appena costituito, anche se il credito nasca di poi; perchè il *fine* del pegno non permette di tenerlo come valido da principio ancor se il credito è sorto in seguito, non potendosi supporre la garanzia di quel che in alcun modo non esisteva quando essa è stata costituita. Altro è vedere se il pegno, costituito legittimamente, possa in seguito sussistere senza il corrispondente diritto di credito; ma rispetto al punto esaminato, non è ammessibile la figura del pegno, soggetto alla condizion della nascita di un credito al tutto futuro. Vedi lo stesso

Digitized by Google

non risponde al concetto del pegno; par di rispettarlo dicendo, che il credito è sempre *condizione* dell'esistenza del rapporto, ma non s'avverte come non sia possibile considerarlo in quel senso ch'è della condizione propria, perchè è termine tanto essenziale alla *sicurtà*, da non potersi concepire che questa abbia nascita senza di esso. Si può intendere un rapporto condizionale, quando i termini necessarî alla sua consistenza giuridica son già posti, e manca un elemento, non necessario giuridicamente alla sua esistenza, ma aggiunto perchè dal suo avverarsi quella consistenza tragga il vigore che le è proprio; in questo senso, la volontà dei costituenti può aggiungere un termine, non essenziale in teoria, e pure essenziale per la costituzione del rapporto (1), e i due concetti di consistenza giuridica e di aggiunzione di un termine agli altri da cui dipende, spiegano la retroattività della condizione avverata (2): ma la volontà

WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 225, n. 7; VANGEROW, op. cit., § 372; ARNDTS-SERAFINI, op. cit., § 384; MERLIN, *Quest.*, v° *hypoth.*, § 3, n. 2; TOULLIER, op. cit., VI, 546; DURANTON, op. cit., XIX, 244; AUBRY et RAU, op. cit., § 266; LAURENT, op. cit., XXX, 527; GRENIER, op. cit., I, 26;. TROPLONG, op. cit., II, 480. La dottrina contraria risponderebbe all'ordinamento tenuto nella legislazione germanica, ov'è adottato il sistema del libro fondiario, con tutte le conseguenze giuridiche che gli sono inerenti; e la diversa risoluzione deriva dall'importanza che rispetto all'esistenza del diritto reale è data all'iscrizione. Posto il principio della fede pubblica data all'iscrizione esistente nel libro fondiario, e del *dingliche Vertrag* che la informa, la conseguenza della possibilità che l'onere esista come tale ancor prima dell'esistenza del credito, e quindi tolga data dal giorno dell'iscrizione, non è discutibile: pure rimanendo incontroverso il carattere di *accessorietà* dell'ipoteca (v. ROTH, op. cit., §§ 292 in f. e 293; HUBER, op. cit., III, § 90), ben diversa dal *Grundschuld* (debito fondiario), dove l'*onere reale* predomina interamente, per la sua propria entità giuridica, sul vincolo personale. Giova avvertire, che alcune tra le legislazioni germaniche accolgono soltanto questa figura di onere, che non è ipoteca propria; ed altre le accolgono entrambe (V. ROTH, op. cit., § 292, t. e n. 14-16; WINDSCHEID, op. cit., § 225, t. e n. 16-18). Di questo argomento si dirà con speciale ampiezza nella parte speciale, studiando la costituzione dell'ipoteca.

(1) Su questo modo di considerare un elemento accessorio per sè, che può diventare essenziale per la costituzione del rapporto secondo è stato voluto dalla parte, v. CHIRONI, in *Riv. ital. per le sc. giur.*, 1891, f. 4, p. 2.

(2) Reputandosi voluto il rapporto da quell'istante in cui son concorsi i termini necessari alla sua consistenza giuridica. Certo, se la *condizione* ha valor di elemento essenziale per il modo col quale il rapporto *è stato voluto* dalle parti (v. la n. precedente), si avrebbe grave obbiezione contro la retroattività: ma questa par che inerisca alla volontà stessa, come se intenda soltanto a sospendere l'esistenza di un rapporto di cui concorrerebbero già i termini voluti dalla legge per dargli vita. Cosicchè, se tra i cosidetti elementi accessori alcuni rappresentano la parte lasciata

Digitized by Google

suppone nell'aggiunzione la coesistenza di quei termini, e non si può invertire la teoria, dicendo, che la volontà dà gli elementi per la consistenza del rapporto ed i termini giuridicamente essenziali per costituirlo vi si possono aggiungere in seguito, in qualità di condizione. La dottrina avversata argomenta troppo formalmente dalla realtà del rapporto di garanzia, e, come s'è detto, viene a snaturarne la entità, perchè ne verrebbe un'obbligazione tenuta per costituita non quando effettivamente lo è, ma fin da quando lo è stata la garanzia: e, posta la indipendenza dei due rapporti onde la costruzione è determinata, s'avrebbe il rapporto personale esistente dal tempo in cui è nato, ma sôrto anteriormente rispetto alla garanzia che deve assicurarlo. Nè ha miglior fortuna la dottrina della condizione: in cui si suppone il rapporto già fornito di quei termini, che secondo la legge debbono concorrere, e sarebbero bastevoli a dargli vita: non si può ritenere il rapporto come esistente da principio per la retroattività di questi elementi essenziali, perchè il difetto di essi induce, per la loro qualità, la inesistenza del rapporto stesso (*cond. iuris*).

È parso possibile di conciliare le due dottrine estreme, asserendo che dove la volontà del costituente il pegno mirasse a dargli vita ancor prima dell'esistenza del credito, la garanzia reale dovrebbe aver data non dal giorno della nascita di quest'ultimo, ma da quello in cui è stata costituita; par che non vi sia motivo di non ammettere la disposizion della cosa fatta in questo senso, ed il credito varrebbe qual condizione, che sebbene di diritto, in questo caso potrebbe essere trattata secondo avviene della condizione in genere (1). Ma la teoria ha contro di sè gli argomenti esposti, perchè se il credito è condizione di diritto (e perciò non propria) del pegno, mal può dirsi senza di esso che questo esiste; nè la volontà ha tal potere da attribuire esistenza ad un rapporto cui faccia difetto un termine giuridicamente essenziale a produrla. Certo, si può osservare che

---

alla volontà nell'ordinare l'esistenza di un rapporto, il valor di essi si manifesta in questo caso con la retroattività, che dà esistenza a quello stato qui precisato col nome di consistenza giuridica. Così si nota il diverso modo di operare dei termini ordinati dalle leggi e di quelli che nascono dalla sola volontà delle parti, conspiranti insieme all'esistenza giuridica del rapporto.

(1) Cons. su questo punto EXNER, *Kritik d. Pfandrechtsbegriffes* (Leipz., 1873), XI (p. 100 e segg.), e gli Aut. che ricorda in n.; WINDSCHEID, op. cit., § 242, n. 8. Cfr. DERNBURG, *Pandekt.*, I, § 274.

Digitized by Google

il rapporto di pegno ha figura propria, al tutto distinta dall'altro di obbligazione, e quindi non pare scorretto considerar questa a guisa di condizione propria, o di elemento esterno (1): ma la specializzazione dei due rapporti, di natura così distinta, non lo concede, perchè se la osservazione è vera, e qui è occorso più volte di farla, lo scopo del pegno mostra che non può esistere senza il credito o prima del credito al quale dà sicurtà. In questo senso il credito è *cond. iuris*, elemento intrinseco della garanzia reale, nè la volontà può mutare gli estremi della concezione giuridica.

206. Cosicchè se anche il pegno fosse costituito prima dell'esistenza del credito da garantire, la costituzione s'avrebbe soltanto in apparenza, e in qualità di onere reale non potrebbe gravar la cosa senza il concorso di quella *cond. iuris;* la qual risoluzione non vuol dire che tale costituzione non produca nessun effetto: conterrà il diritto di aver la garanzia reale e l'obbligazione corrispondente di tollerarla, appena s'avrà il credito che dev'esserne assicurato. Il consenso si ristringe dunque all'obbligazione di dare a pegno: e siccome il vincolo così inteso non induce rapporto sulla cosa, ed è soltanto personale, produrrà effetto se la cosa è in potere di chi vi era obbligato, nel momento in cui è data esistenza al credito, o se più tardi è entrata o rientrata nel suo patrimonio: se prima di questo tempo l'avesse trasmessa ad altri, il vincolo non può assumere realità, perchè il pegno non esiste senza il credito, e quando questo è nato, la cosa è già in proprietà di altri.

Nè con la teoria esposta si vuol stabilire l'impossibilità di considerar mai il pegno come indipendente dal rapporto personale garantito. Perchè, sebbene non si possa intenderlo come nato validamente prima ch'esista il credito, ed il carattere di diritto di garanzia debba tenerlo in soggezione al credito assicurato, pure tal dipendenza può venir meno per motivi che si riferiscono alla entità stessa del rapporto, od a quella del rapporto di onere reale in ge-

---

(1) Non ha rilevanza la considerazione, che la volontà abbia potuto insistere nella costituzione del vincolo pignoratizio dal momento di sua manifestazione: la volontà non può modificare i termini della consistenza giuridica di un istituto. Con la risoluzione qui oppugnata, s'ammette in via indiretta la possibilità di costituire un pegno senza credito esistente: ed è contraddizione negar quest'ultima ed ammettere quella. Cons. DERNBURG, l. cit.

Digitized by Google

nere, o per ragioni di pura forma: e queste ultime hanno conseguenze più estese che quelli non abbiano.

L'entità stessa del rapporto fa sì, che il pegno abbenchè in relazione di accessorietà col credito, sia istituto giuridico con vita propria: perciò, appena costituito gode dell' indipendenza derivantegli dalla sua virtù d' istituto speciale, ma limitata dal servizio per il quale è sorto, che è la garanzia del credito. E questo punto è stato ben dichiarato (1), e lo sarà meglio in seguito, nell'esposizione dell'esercizio del diritto di pegno. La struttura sua di onere reale induce effetti più ampi; difatti, se considerando quello di essi che gli è speciale si notò l'indipendenza del rapporto per rispetto al pegno *costituito,* qui invece s'avverte la possibilità di pegno sopravvivente all'estinzione del credito: non perchè, si debba *intellegere vincula pignoris durare personali actione submota* (2), ma per l'immanenza che ha la determinazione del diritto reale, quando si ricongiunge al *dominio* dal quale è tolto (3). Le conseguenze più ampie si ottengono se l'indipendenza è studiata non relativamente a questi termini, ma alla *forma* ordinata dalla legge positiva per l'esistenza del *pegno,* o dei diritti reali in genere; secondo interviene dell' ipoteca. La legge, in vista del grave interesse che tutti hanno a conoscere la condizione giuridica della proprietà fondiaria, può regolare la forma degli atti che vi si riferiscono, in modo da aversene la maggior pubblicità; onde il concetto del libro fondiario e del catasto giuridico (o probatorio), dove s'attingono i soli elementi dai quali s'induce quello stato. E avviene, che secondo occorreva nel diritto romano rispetto alla vendita, si distingue l' atto col quale s' intende alla costituzione del rapporto reale, da quest' ultimo: ossia, v'è un rapporto personale distinto dal reale, sebben costituito in conseguenza di esso, e la

---

(1) Nello studio fatto dei termini occorrenti all'esistenza della garanzia reale (v. il Cap. II).

(2) L. 2 C. *de luit. pignor.* (VIII, 31). La questione sarà svolta in seguito, ricercando l'estinzione del credito garantito come causa di estinzione del rapporto reale di garanzia.

(3) La dichiarazione di questo concetto è stata già fatta nello studio dei termini concorrenti all'esistenza della garanzia reale (v. il cap. II, § 1): essa è dedotta interamente, dal modo di considerare il diritto reale poi che s' è sviluppato rispetto alla proprietà, anche se per la *confusione* non si possa più esercitarlo in quella entità che gli è speciale.

Digitized by Google

forma speciale di sua esistenza lo rende così indipendente, da indurne la possibilità che il rapporto reale di garanzia *sussista* malgrado l'estinzione del credito, per la sola persistenza della forma: onde la figura dell' ipoteca su di se medesimo; e, concedendolo il principio, può anche seguirne la possibilità che l'ipoteca *esista* per l'adempimento della forma senza il credito da garantire (1). Si potrà osservare, che l'indipendenza riferita qui interamente alla forma, si può bene asserire all'entità stessa del rapporto, perchè il vincolo di causalità tra il rapporto personale ed il reale non ferisce la determinatezza, e perciò l'indipendenza giuridica che questo ha; ma le osservazioni già fatte sul fine dell'istituto, mostrano come la piena indipendenza or avvertita, non possa derivare se non dalla forma speciale (estrinseca) di dargli vita.

207. A lato di queste figure, dove s' ha indipendenza vera del rapporto reale di pegno dall'obbligazione garantita, si può avvertirne altra dove l' indipendenza è soltanto apparente, perchè deriva dal modo col quale s'è costituito il rapporto personale. Secondo s'è osservato (2), nulla vieta di ristringere l'elemento patrimoniale dell' obbligazione ad una data cosa, confondendo al tutto la garanzia patrimoniale in genere con quella speciale costituita mediante il pegno: e così pure, si può creare il rapporto di obbligazione in modo al tutto impersonale asserendolo tutto ad una data cosa; la quale non è che rimanga obbligata, ma designa chi, per il fatto di averla in proprietà, è tenuto ad estinguere il debito. E s'è avvertita su questo punto la diversa entità della designazione, secondo che riman determinato l'obbligato (*obl. ob rem*), o pur la persona contro la quale si può agire non perchè obbligata, ma per il possesso che ha della cosa onerata (onere *reale*, in senso proprio, lato): tant'è, che parve non fosse l'elemento della personalità talmente confuso nel reale, da non rimanerne limitata l'entità della

(1) Ma badisi alla diversità di questo dal concetto posto a base della risoluzione precedente; perchè questa sta per la considerazione fatta sul diritto reale per sè, indipendentemente dall' efficacia asserita alle indicazioni scritte nel libro fondiario; mentre l'altra deriva soltanto dalla virtù riconosciuta alla *forma* onde ha esistenza il rapporto reale. Le due costruzioni procedono da ragione interamente diversa. Nè altro all'infuori della forma, giustifica la figura della *Eigenthümerhypothek* ricordata nel testo (Prog. del Cod. civ. germ., §§ 1094 e segg.).

(2) V. il Cap. II, § cit.

Digitized by Google

prestazione (1). Altra è la ragion di distinguere (2), perchè questa realità limitata alla determinazione dell'obbligato, ed a garantire quella parte di prestazione cui *personalmente* il possessore è tenuto, non bene risponde alla costruzione logica della prestazione reale; ma in ambi casi si può osservare, come la confusione del rapporto personale nel reale dia a questo una tal prevalenza, da potersi scambiare per indipendenza vera rimpetto all'altro.

La qual cosa s'avverte ancor meglio nel secondo caso, dove occorre la figura propria dell'onere reale, o debito fondiario (3); e pure, vera indipendenza non vi è, sibbene modo speciale di costituire l'obbligazione, che rimane avvolta al tutto nella realità. Così, con l'esistenza del solo rapporto reale s'intende l'indipendenza ch'è propria di esso, non derivante da raffronto con l'obbligazione considerata qual rapporto distinto (4).

---

(1) Ripugnano alla *realità* onde rimane investito il rapporto, le limitazioni che si propongono rispetto all'estensione del debito cui è tenuto il possessore del fondo onerato; e per questo riflesso non si può senz'altro accogliere la disposizione del Prog. del Cod. civ. germ. (§§ 1056 e segg.), che limita l'obbligazione del possessore del fondo onerato a quelle annualità riferentisi al tempo del suo possesso. L'obbligazione inerirebbe cioè al godimento, e la realità si riferirebbe a questo; e allora, non bene s'intende come per le annualità anteriori il fondo sia onerato soltanto per il titolo di garanzia reale: a meno che non si voglia affermare che il concetto di obbligazione concorre, entro certi limiti, col concetto dell'onere reale, che poi colpisce per sè il fondo per tutta l'estensione del credito dovuto sotto tal forma. Vedi su questo argomento il cap. II, § cit.

(2) Nella nota precedente s'è detto del concorso di obbligazione personale con il rapporto di onere reale: ed i due termini (v. il cap. cit. nella n. precedente) sono al tutto diversi, perchè nell'*oblig. ob rem* vi è l'obbligazione personale, per cui il creditore può procedere anche sugli altri beni dell'obbligato, se gli onerati non siano sufficienti; nell'onere reale non v'è obbligazione personale. Ma la realità, rispetto all'entità della prestazione deducibile dal valore del fondo onerato, non ne ha mutazione alcuna.

Sulla ragion di distinguere l'*obl. ob rem* dall'*onere reale*, v. il cap. cit. nella n. precedente; non è esatto affermare che in quella l'obbligazione ed il rapporto reale che vi è unito siano limitati a quanto è dovuto dal possessore del fondo in tal qualità (v. sull'argomento, CHIRONI, in *Foro ital.*, 1892, fasc. X, sulla sent. della Corte di app. di Ancona, 5 marzo 1892).

(3) V. sul *Grundschuld*, WINDSCHEID, l. cit.; ROTH, l. cit.; e la n. 1 della pag. 422.

(4) Il rapporto reale non sta all'obbligazione come garanzia; assorbisce in sè l'elemento personale. V. il cap. citato.

Digitized by Google

208. Nel risultato ottenuto son gli elementi necessarî a determinare quando esiste effettivamente l'obbligazione da garantire, e perciò quando esiste il pegno come rapporto reale di sicurtà (1). Che questo termine essenziale debba concorrere, si dimostra argomentando dall' entità giuridica dell' istituto ; onde, se il pegno fosse costituito in vista non di un' obbligazione condizionale, od a termine, ma semplicemente futura, chiaro è, che fino a quando essa non abbia vita non è ombra di rapporto di credito, e però neppur di pegno: il quale comincia ad esistere in tal qualità, soltanto dal momento in cui esiste la obbligazione, sia essa pura, o condizionale od a termine. I motivi di dubitare dedotti dall' indipendenza del rapporto giuridico del pegno di fronte all'obbligazione, e dall' efficacia della volontà che abbia considerato il credito quasi condizione per cui stia sospesa l'efficacia del pegno costituito dapprima, non hanno virtù decisiva; un' obbligazione, qualunque sia, è necessaria per dare esistenza al pegno, nè rileva se il rapporto personale attinga direttamente l'oggetto cui s'intendeva o induca soltanto l'obbligazione di prestarlo; oppure, se la costituzione del pegno entri nella causa del rapporto cui si riferisce l'obbligazione da garantire, sebbene questa non sia specificatamente sorta nel momento in cui quella è seguita (2).

---

(1) La costituzion del pegno, se l'obbligazione non esiste ancora, varrà come promessa di costituirlo ; ma non avrà efficacia fino a quando non esiste il rapporto che dev'essere assicurato.

(2) Il concetto esposto risponde con esattezza al principio della necessità di un rapporto di obbligazione, cui il pegno come *accessorio* si rannodi; non basta si dica che deve esistere almeno la *base* del credito, a fin di differenziare questa figura dall'altra del credito *futuro*, come suggerisce WINDSCHEID, op. cit., §§ 225, t. e n. 6; 242, t. e n. 5, 6, perchè se da questa base non viene *obbligazione*, manca il rapporto alla cui garanzia s'intende col pegno.

Certamente, e ben lo si deduce dal testo di Marciano (L. 5 D. *de pignor.*, XX, 1), l'obbligazione *futura* per la quale si può costituire il pegno, è altra dall'obbligazione condizionale od a termine: ma il Gc. intende ad un'obbligazione della cui possibilità esistano gli elementi contenuti già in un rapporto obbligatorio. E posto ciò, non rileva, come fa il BRINZ (op. cit., § 352, t. e n. 4), l'avvertire che vi ha obbligazioni che possono anche non esistere, e pur contenute in altro rapporto, e ch'esse sono obbligazioni future; perchè, esistano o no, possono ben derivare dal rapporto principale posto in essere, e perciò il pegno può validamente garantirle dal giorno in cui è certo il negozio, al quale, avvenendo, si collegano. Tale, l'obbligazion degli interessi nel mutuo: lo insegna SCEVOLA nella L. 18 D. *qui pot.* (XX, 4).

Digitized by Google

Tolto a guida questo concetto, si può cogliere agevolmente la differenza tra l'ipotesi di credito puramente futuro e l'altra di credito non condizionale, non a termine, ma futuro, e pur rannodantesi ad un rapporto già esistente: qui il credito da assicurare non esiste: esiste il rapporto dal quale trae vita necessariamente, e però nella causa di esso il pegno ha causa legittima. Questa è la ragion di decidere in un testo di Africano (1), dov'è risoluta la questione: se, data una cosa in pegno per locazione che comincierà da un certo tempo, ed il conduttore prima dell'evenienza del termine primordiale l'abbia data in pegno ad altri, questo secondo creditore abbia prevalenza contro al primo. E la ragion di dubitare era: *eo tempore homo pignoris datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur;* mancando la obbligazione da garantire, pareva che il pegno non potesse esistere validamente se non dal giorno in cui fosse nata. Pure, il giureconsulto risponde negativamente;

Ma l'obbligazione deve esistere per sè, o come conseguenza possibile d'un rapporto in cui si contiene: nè in tal caso fa necessità di ricorrere alla figura del negozio condizionato (WINDSCHEID, l. cit.), perchè nell'esistenza di quel rapporto è l'obbligazione virtuale a quanto necessariamente vi si rannodi per l'entità giuridica sua. Avrà tal carattere il mutuo semplicemente promesso? No, certo (v. WINDSCHEID, l. cit.); ma in che si distingue questo caso, dall'altro di obbligazione assunta di dare a mutuo una data somma, per rispetto alla virtù del pegno? Si suole affermare, che il primo avviene quando uno si obblighi *a rendere* una data somma *se* il creditore gliela darà, e per questa obbligazione dia il pegno: ed il secondo, quando il creditore non possa rifiutarsi a diventar tale, come avverrebbe di chi si obbligasse a dare a mutuo una somma, o fino a concorrenza di una somma (apertura di credito), nella quale ipotesi il pegno avrebbe vita non dal momento in cui il debitore si vale di questa obbligazione (dazione), ma fin da principio. Ragionamento che lascia luogo a gravissimo dubbio: e tale, da levargli efficacia. Perchè il pegno garantisce l'obbligazione di rendere, e questa sorge in seguito alla dazione: e nella specie proposta, rimane in facoltà del futuro debitore di rendersi o pur no, tale.

La L. 4 D. *quae r. pign.* (XX, 3), e specialmente la L. 11 pr. D. *qui pot.* (XX, 4), invocate per dare fondamento alla teoria oppugnata, non lasciano dubbio sull'osservazione esposta; e ben lo dimostra la posizion di fatto com'è rilevata nella L. 11: *quamvis cum alio convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit* ..... Così pure. la L. 1 D, *qui potior.* (XX, 4), dove i pagamenti parziali della dote costituita da un terzo che ha stipulato con garanzia il diritto di reversibilità, si riferiscono alla costituzione stessa cui l'obbligazion di restituire si connette: cosicchè, l'ipoteca ha virtù per l'intera somma fin da principio.

Su questo argomento v. quanto si dirà in seguito, e nella parte speciale (costituzion dell'ipoteca) sull'apertura di credito.

(1) L. 9 pr. D. *qui pot.* (XX, 4).

Digitized by Google

nè a spiegar la decisione si può correttamente asserire che il debito sia qui soggetto a termine, perchè in tal qualità non esiste ancora: e per la stessa ragione non può neppure tenersi come incerto e condizionale, secondo generalmente si afferma, a modo che il pegno abbia poi vigore per la retroattività della condizione adempita. Il pegno apparisce ben costituito, perchè esiste già l'obbligazione inducente il rapporto di locazione cui si connette (1).

Questa è la ragion di decidere; sebbene l'obbligazione da garantire non sia ancora nata, pure entra come causa nel rapporto giuridico costituito tra le parti, e con essa anche il pegno: onde l'esistenza di quel rapporto trae con sè quella del pegno. Il locatore s'è obbligato a dare in locazione una cosa, ed il conduttore, in sicurtà di quel che dovrà per la locazione, ha costituito un pegno: esistono dunque l'*obbligazione* di dare il godimento e quella di riceverlo, ed il pegno vi è pur contenuto perchè l'obbligazione garantita si svolge in conseguenza di questo rapporto. A che altro può intendere il passo del testo, *iam tunc in ea causa Eros esse caepisset, ut, invito locatore, ius pignoris id eo solvi non posset*?

Si obbietterà che accolta questa risoluzione, il pegno vien distratto dalla vera causa di sua esistenza, perchè accede non all'obbligazione in vista della quale è stato costituito, ma di altra; il locatore può costringere il conduttore a ricevere il godimento, e la sicurtà non si riferisce a questo vincolo, sibbene ad altre obbligazioni derivanti dal contratto stipulato. La osservazione fatta scioglie la difficoltà: queste obbligazioni si svolgono in conseguenza del rapporto descritto, e lasciarle inadempiute è come non eseguirle; nè puo quindi revocarsi in dubbio ch'esista validamente il pegno fin da quando esso ed il rapporto sono stati costituiti.

Egual decisione si dà per il pegno annesso all'obbligazione *de mutuo contrahendo* (2), purchè il rapporto esista in modo da aver

---

(1) V. la n. 2 della pag. 429.

(2) La figura del *pactum de mutuo contrahendo*, è stata dianzi sottoposta a ricerca rispetto alla virtù del pegno. L'esame dei passi che si sogliono citare per affermare la valida costituzion del pegno in corrispondenza a tal patto (L. 11 pr. D. *qui pot.* cit.; L. 4 D. *quae r. pign.* cit.), dimostrano che la nascita dell'obbligazione è interamente legata alla volontà del futuro mutuatario, e per conseguenza non si può fin da principio tenere per efficace la sicurtà reale. Nè si opponga lo stesso ragionamento fatto dianzi sulla L. 9 pr. D. *qui pot.* cit., osservando, che anche qui il pegno si lega ad un'obbligazione già esistente, dalla quale rimarrà

Digitized by Google

figura bilaterale; se il pegno accedesse soltanto al fatto di contrarre un mutuo, ed il sentimento delle parti fosse di garantire con la sicurtà la restituzion della somma, il pegno esisterebbe quando si avesse l'obbligazione di restituire, la qual nasce appena costituito effettivamente il mutuo in seguito all'avvenuta consegna della cosa. Il rapporto dev' essere formato così, che fin da principio ne venga obbligazione alle parti; obbligazione di mutuare da un lato, e obbligazione dall'altro di ricevere a mutuo: se questo secondo vincolo mancasse, verrebbe meno al pegno la ragion di esistere fin dal momento in cui è stato costituito, non potendosi asserire che l' obbligazione posteriore cui accede sia svolgimento necessario di un rapporto anteriore. Sarebbe invece conseguenza della consegna dell'oggetto mutuato, perchè da principio non v'è per il futuro mutuatario obbligazione di sorta: soltanto mediante la consegna avrebbe nascita il mutuo, e con l'obbligazione di rendere anche il pegno costituito per garantirla. Perciò, se dato il rapporto descritto, il pegno esiste validamente fin dal momento di sua costituzione, in questo secondo caso dove s'ha appena l'obbligazione del futuro mutuante di dare a mutuo quando il futuro mutuatario lo voglia, il pegno promesso non ha causa che lo giustifichi, e sebbene sia consentito dapprima, nasce come diritto reale appena s'avrà il mutuo.

209. La costruzione proposta è fondata sulla ragion del pegno. Si osserverà come le risoluzioni che ne derivano appariscano, in più punti identiche, o quasi, a quelle che si traggono dalla teoria del pegno considerato come rapporto distinto, ed esistente così non appena la volontà lo crea; o pur come elemento principale di fronte al credito, inteso qual *condizione* vera di sua efficacia giuridica (1):

---

poi indotta quella cui si connette il pegno, perchè nel *pactum* il futuro mutuatario è *creditore* che può obbligare il futuro mutuante (debitore nel *pactum*) a dare a pegno. L'obbligazione è sempre dipendente dalla volontà del mutuatario, nè il mutuante potrebbe costringerlo a tenere il patto, e ricevere a mutuo.

(1) La ragion dell'apparenza sta in ciò: che il rapporto al quale si riferisce direttamente l'assicurazione del pegno, non esiste ancora così determinato nel momento in cui al pegno è data nascita; ma se ben si osserva, e qui sta il fondamento della costruzione esposta nel testo, esiste il rapporto al quale virtualmente è già congiunta quell'obbligazione speciale. Vero è, che il pegno esisterebbe in un tempo in cui *non si sa* se il rapporto cui accede esisterà, e non è possibile ricorrere nel

Digitized by Google

ma la volontà intesa a costituire il pegno in tal guisa non è bastevole a ciò, perchè la sua virtù non rimedia al difetto del termine essenziale all'istituto. Nelle ipotesi descritte, questo termine esiste con l'obbligazione contenuta nel rapporto onde si svolge il vincolo garantito dalla sicurtà reale; nè è quindi mestieri di ricorrere alla figura della condizione potestativa (1), e ricercare se retroagisca o pur no: senza insistere qui sulla teoria ch'esclude questa possibilità, basterà dire, che nelle ipotesi in cui v'è fatto ricorso non v'è obbligazione, ed il pegno non può esistere se non dal tempo in cui è nato il credito garantito (2).

Non fa perciò difficoltà l'applicazione del principio alle due figure di obbligazione condizionale, e di obbligazione a termine. La

---

caso alla figura della condizione, perchè non può averne l'entità quel che è termine giuridicamente essenziale alla sua formazione: e neppure al termine, perchè l'esistenza è al tutto incerta. Ma con ciò non è a credersi s'abbia qui un'obbligazione al tutto futura; ne è posta la base, secondo si è già osservato, e perciò s'intende l'esistenza del pegno (cfr. BRINZ, op. cit., § 352; e in ispecie, REGELSBERGER, *Z. Lehre Altersvorz. d. Pfandr.* (Erlang., 1859), § 11), che si può anche dire eventuale (non nel senso in cui EXNER adopera questo vocabolo: op. cit., XIII).

(1) Perchè, a lato del concetto per cui il pegno esisterebbe non appena costituito, ed il credito al tutto *futuro* (sui vari significati di questo termine v. WINDSCHEID, op. cit., § 225, n. 6, e cfr. DERNBURG, op. cit., § 68) sarebbe termine contenente la *condizion* di sua esistenza, bisogna ben porre la questione della *retroattività* della condizione potestativa. Che la *volontà* delle parti possa far risalire, senza ricorrere ad espediente alcuno, l'esistenza del pegno, o di un vincolo pignoratizio reale, ad un tempo in cui non vi è il credito da assicurare, s'è contraddetto dianzi (v. la n. 1 nella pag. preced., e cfr. gli Aut. citati); tenendo poi il credito *futuro* come condizione, si deve ricercare, a parte la difficoltà di già accennata, se la condizione potestativa possa retroagire. Non è qui il luogo acconcio a discutere la retroattività della condizione in genere, e della potestativa in ispecie (v. WINDSCHEID, mon. cit. in *Arch. f. C. P.*, XXXV (1852), p. 51 e segg.; BUFNOIR, *Th. de la condit.* (Paris, 1867), p. 369 e segg.: ma cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, l. cit.) per rispetto ad altri aventi causa dall'obbligato. È indiscusso che non è possibile la retroattività, perchè non v'è obbligazione, dove la volontà di obbligarsi *contiene* una condizione puramente potestativa (C. civ., a. 1162). Il qual ragionamento s'adatta assai correttamente a quanto s'è osservato sul rapporto della condizione alla volontà, distinguendo la *consistenza giuridica* dall'*esistenza vera* del negozio, che giustificherebbe, a parte ogni altra buon'induzione che si può fare dalla volontà stessa, la retroattività: nella condizione meramente potestativa, non è certo fin da principio la *volontà* ch'è termine essenziale per la consistenza giuridica del rapporto. V. la L. 9, § 1 D. *qui pot.* (XX, 4), in f.: cons. WINDSCHEID, op. cit., §§ 89, 93.

(2) Affermazione conseguente da quanto s'è detto: v. la n. seguente.

Digitized by Google

condizione non toglie che l'obbligazione nei suoi termini giuridici non sia, ma ne sospende l'esistenza effettiva, secondo s'è osservato; e per il modo col quale inerisce al negozio, retroagisce, quasi questo si debba tener giuridicamente nato dal giorno di sua costituzione. Così l'obbligazione esiste, sebbene condizionatamente, e questa sarà pur la sorte del rapporto di sicurtà reale costituito per garantirla; la qualità dell'obbligazione si proietta sul pegno, nel senso che traendo vita dall'obbligazione, la condizione da cui dipende l'efficacia di essa, darà, avverandosi, indirettamente efficacia al rapporto di garanzia: la condizione agisce sul pegno, per il nesso esistente fra di esso e l'obbligazione assicurata (1). Se la condizione dipendesse dalla mera volontà dell'obbligato (condizione meramente potestativa), l'obbligazione cui accede non è nata, per difetto di volontà seria, certa, ed esisterà sol quando questa s'avrà; perciò il pegno costituito a fin di garantire l'obbligazione condizionata così, esiste soltanto dal momento in cui la volontà seria, certa, è manifestata dall'obbligato secondo avviene nell'obbligazione futura. I fonti lo affermano: *si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit* (2).

---

(1) L. 5, pr.; L. 13, § 5; 14, D. *de pign.* (XX, 1); L. 5, § 1 D. *quib. mod.* (XX, 6). Questo punto non fa nella dottrina e nella giurisprudenza difficoltà veruna: come non ne fa l'affermare che il pegno dato a garanzia di un'obbligazione condizionale abbia grado fin dal giorno della sua costituzione (L. 9, § 1; L. 11, § 1; L. 18 D. *qui pot.* (XX, 4), avvenuta secondo le *formalità esteriori* che debbono concorrere per dargli perfezione giuridica. Del quale argomento si dirà a suo luogo; qui interessa di avvertire, che il pegno costituito per sicurtà di un'obbligazione condizionale, *esiste* come tale quando per l'avveramento della condizione l'obbligazione esisterà, e, per la retroattività di questi elementi (Cod. civ., a. 1170), esiste ed ha grado dal giorno in cui ebbe nascita. Qui s'argomenta dal criterio esposto dianzi, sul rapporto necessario tra il credito esistente, almeno nella sua base, ed il pegno; chi non ammette la retroattività della condizione adempita (cons. WINDSCHEID, op. cit., §§ 89, 91) tenta di costruire affermando che il pegno può ben assumere grado in un'epoca nella quale non esisteva: ma, col concetto del *vincolo* esistente fin da principio si viene in definitiva agli stessi risultati, e questo del *vincolo* è soltanto un modo col quale si vorrebbe esprimere, con termini più appropriati al *volere condizionale*, il rapporto della volontà e della condizione che vi inerisce, ripudiando il concetto di retroattività. Il quale, del resto, può considerarsi come modo non corretto di manifestare il trasmutamento dello stato di *aspettativa* in quello di efficacia giuridica del negozio condizionato: e però la retroattività consegue dall'entità stessa della volontà condizionata. V. REGELSBERGER, op. cit., § 15; EXNER, op. cit., XIII.

(2) L. 9, § 1 D. *qui pot.* (XX, 4), cit. V. App. Genova 19 apr. 1890 (*Temi gen.*, 1899, 276).

Digitized by Google

Dell'obbligazione a termine, non si dubita, per l'entità stessa di questo elemento, ch'esiste appena costituito; il termine non sospende l'esistenza dell'obbligazione, e soltanto ne sospende l'esercizio (1). E però, il pegno costituito a garantirla, ha nell'esistenza dell'obbligazione la sua causa giuridica, e non si dubita che dal momento di sua costituzione prema validamente la cosa.

210. Il pegno considerato nel suo elemento di esecuzione reale, o nell'altro di garanzia, si riferisce ad una obbligazione della quale si possa validamente chiedere l'esecuzione dal creditore: se dall'obbligazione non deriva questo diritto, manca il rapporto patrimoniale onde ha fondamento il concetto di esecuzione, nè s'intende la sicurtà reale: se non vi è azione contro l'obbligato, non si può consentire, senza contraddizione, il diritto di agir sulla cosa, a fin di trarne quel valore che è nel rapporto personale cui il reale accede (2). Così ha nuova manifestazione il nesso avvertito tra i due rapporti: la esecutività del rapporto personale determina quella del reale, e più generalmente si può affermare, che dal richiedersi l'esistenza dell' obbligazione quale termine essenziale alla nascita del pegno, deriva la necessità di estendere a questo ogni conseguenza dei difetti inerenti a quella; il pegno sebbene per sè validamente costituito, deve sopportarla a causa dell'entità sua rispetto all'obbligazione garantita. E per converso, siccome l'obbligazione sta giuridicamente senza garanzia reale, s'intende che se questa fosse costituita difettosamente, le conseguenze del vizio non si debbono estendere all' obbligazione. In queste due risoluzioni si manifesta la virtù dello stesso principio, della relazione cioè che passa tra il rapporto reale ed il personale; e le eccezioni che le restringono non derivano dalla ragion che le giustifica, vietandolo la contraddizione, sibbene da altri fonti (3).

---

(1) Anche su questo punto, la teoria dedotta dall'entità del termine non dà luogo a dubbio. V. la n. 3; e cons. REGELSBERGER, op. cit., § 16.

(2) Un concetto analogo è espresso intorno l'effetto del pegno che vorrebbe limitato al diritto di ritenzione, se costituito per un'obbligazione naturale, dal WEBER, *Syst. Entwikelg. d. L. r. d. natürlich. Verbindlich.* (Leipz., 1825), § 107. Qui s'argomenta dal concetto di esecuzione insito nel pegno; e l'argomento vale anche quando vi predomini la figura della garanzia, perchè la coazione indiretta non vien meno, specialmente se il garante ha l'azione di regresso contro l'obbligato.

(3) V. in seguito il n. 211.

Digitized by Google

211. La prima delle due risoluzioni esposte, dà modo di risolvere la questione della possibilità di costituire la garanzia reale per assicurare un'obbligazione naturale, tenuto il concetto che di questa figura s'ha nel diritto odierno. Le ricerche sull'entità di essa inducono di necessità il sentimento che sia giustificata da considerazioni di equità; e dove s'avverta al come questa fosse intesa nella giurisprudenza romana, si vedrà che v'era racchiusa una reazione a difesa della *volontà,* contro il concetto formalistico dominante nella costituzione del rapporto giuridico, o nell'estinzione di esso per cause puramente legali. Con l'indebolirsi di quel concetto nella stessa giurisprudenza romana, e con l'affermazione bandita dal diritto canonico del rispetto alla volontà comunque manifestata (1), si ristrinse di assai l'estensione e l'importanza dell'obbligazione naturale: ma la nozione e la ragion di essa nel diritto odierno son limitate, non mutate; e però ha sempre giustificazione nella volontà certa, non manifestata giuridicamente, di costituire un rapporto, o nell'estinzione di questo, sorto validamente, per cause legali diverse al tutto dall'esecuzione voluta dal costituente. Così la legge odierna considera negli effetti come obbligazione naturale la disposizione testamentaria eseguita dagli eredi, malgrado l'inesistenza per vizio di forma (2); parimenti, le cause onde rimane infirmata la volontà giuridica, non tolgono l'obbligazione naturale, se con la giuridica non fosse pure infirmata la volontà naturale secondo avviene, p. es., nel dolo e nell'errore (3).

La restrizione dei termini in cui è compresa l'obbligazione naturale ha indotto la limitazione dei suoi effetti: il solo che le rimanga dei molti affermati nella giurisprudenza romana è il divieto della ripetizione del pagato (4). Non ombra di esecutorietà in questa obbligazione; anzi, cessazione di quel divieto quando il pagamento fosse avvenuto senza la scienza e la volontà di estinguere una ob-

---

(1) C. 1 e 3; X, 1, 35.

(2) Qui è mantenuto il concetto dell'obbligazione naturale, secondo è esposto in Chironi, *Quest. di D. C.*, p. 121: *Istit. di D. C.*, § 250, e *Riv. it. delle sc. giur.*, 1890, f. 4, § 1. V. tuttavia Fadda, in *Arch. giur.*, XXXVI, p. 195 e segg.; e Bonfante, in *Fôro ital.*, XVIII, fasc. 3.

(3) Cosicchè, dall'obbligazione civile imperfetta, può derivare l'obbligazione naturale. Cfr. Chironi, l. cit. nella n. precedente.

(4) Cod. civ., art. 1237. Su questo argomento, v. Chironi, l. cit.; e gli altri Aut., ricordati nella n. 2.

Digitized by Google

bligazione naturale (1), non producente per sè vincolo obbligatorio civile: l'esecuzione dev'essere libera, spoglia al tutto di ogni apparenza di coazione. Se queste sono la entità e la corrispondente efficacia della obbligazione naturale, s'intende che la sicurtà reale non può accedervi validamente: non vi si adatta il concetto di esecuzione reale, perchè questo suppone un vincolo eseguibile coattivamente per sè; non il concetto di garanzia, non potendosi ottenere coattivamente in tal modo l'esecuzione del rapporto principale non eseguibile per via diretta. Si è affermato il contrario per la garanzia personale (2), e se la risoluzione fosse corretta, bisognerebbe

---

(1) Sul valore di questi due termini adoperati per averne maggior risalto la pienezza dell'atto volontario, e quindi l'assoluta deficienza di coazione da parte del creditore, v. gli Aut. cit. nella n. precedente, e gli altri che essi ricordano. S'indica cioè, quale debba essere lo stato soggettivo del pagante nell'atto in cui fa il pagamento, od altro atto che vi equivalga nell'estinzione dell'obbligazione naturale: perchè (cfr. CHIRONI, l. cit.) a questo fine val tanto il pagamento come l'assunzione di altra obbligazione civile, in cui la *volontà* di pagare l'obbligazione naturale è fine legittimo del vincolo. Il pagante deve sapere di non essere punto obbligato a far quello che fa: e deve volerlo fare in questa sola condizione di scienza.

E come l'obbligazione naturale mostrasi efficace soltanto per via del pagamento eseguito con scienza e volontà del pagante; così il pegno costituito da prima non ha virtù giuridica, mal potendosi concedere di esigere per questa via accessoria quel che direttamente non si può pretendere dall'obbligato. Ma se l'obbligazione naturale fosse estinta, come s'è detto, dal pagante, in modo da farne origine di altro rapporto di debito, a questo validamente accede il pegno; ed anzi si può tenere tacitamente convalidato a questo scopo il pegno già costituito per l'obbligazione naturale, se i termini di tale atto concorrono.

(2) La difficoltà toglie maggiore importanza quando si avverta al concetto esposto di obbligazione naturale: se ne deduce, che un'obbligazione civilmente imperfetta, a causa d'incapacità dell'obbligato, può, avvenuto l'annullamento, dar nascita ad un'obbligazione naturale per cui è vietata la ripetizione del pagato, se il pagamento è fatto in condizioni di scienza e di volontà, *che non si possono avere se non in condizioni di capacità del pagante.* V. CHIRONI, *Quest.* cit.; cfr. Cass. Palermo, 15 sett. 1887 (*Fóro it.*, 1887, 1, 1265); App. Parigi, 12 mag. 1859 (*J. du Pal.*, 1860, 634). Ora, se avvenuto l'annullamento di un'obbligazione civile, imperfetta per tal ragione, la fideiussione rimane, non deve emergerne la possibilità di garantire un'obbligazione naturale? (Cod. civ., a. 1899).

Così è parso ad alcuni dottori (v. il n. 210, t. e n.); ma, secondo si vedrà, la ragion della legge è altra dalla possibilità di dar valida fideiussione per un'obbligazione naturale, foss'anche per il caso eccezionale di cui all'art. 1899 del Cod. civ. Non a questo fine ha pensato il legislatore; e ciò varrà ad escludere la possibilità di garantire *realmente* (chè il rapporto di *garanzia* è nullo se sia dato personalmente o realmente) un'obbligazione naturale.

Digitized by Google

estenderla alla sicurtà reale, per essere comune nelle due figure la caratteristica della *garanzia;* ma il ragionamento esposto esclude la possibilità di garantire personalmente o realmente una obbligazione *naturale.* Onde la ripetibilità del pegno propriamente detto, costituito a dar sicurtà: la ritenzione che ne deriva ha in sè l'elemento della coazione (1).

Ristretta l'efficacia di questa obbligazione al divieto di ripetizion del pagato, è necessario indagarla nel caso di pagamento fatto da chi ha obbligato la cosa a sicurtà di quel vincolo. E qui s'avverte la distinzione posta in rispetto ai termini della garanzia reale; se costituita dallo stesso debitore, si bada prevalentemente a questa sua qualità nello scrutinare il pagamento effettuato, senza discutere la validità della costituzione del pegno; e se è costituito da un terzo, il pagamento ch'egli ha fatto a nome proprio, in qualità di pignorante, e non per il debitore (2), è ripetibile, perchè la garanzia non poteva accedere all'obbligazione naturale. La qual risoluzione non fa difficoltà se il pagamento fosse fatto senza scienza e volontarietà; ma quando questi due elementi concorressero, si manterrà il diritto a ripetere?

Certo, la posizione del garante è qui diversa da quella del debitore dell'obbligazione naturale garantita; qui non s'ha la ragione dell'equità onde trae validità il pagamento fatto con scienza e volontà di adempimento del rapporto non perseguibile civilmente; onde, avvisando soltanto all'accessorietà del pegno, parrebbe do-

---

(1) S'avrebbe sempre quella coazione indiretta, assolutamente esclusa dal concetto di obbligazione naturale, e dagli effetti limitati consentiti a questa dalla legge civile odierna. Sulla questione, secondo i fonti del diritto romano, v. VANGEROW, op. cit., § 364; WINDSCHEID, op. cit., § 225; DERNBURG, op. cit., § 72; e specialmente, BÜCHEL, *Ueb. d. Verpfändung f. nicht vollgiltige Obligationen* (Marb., 1836), III, p. 119 e segg.

(2) Se il pagante aveva animo di conservarsi l'azione contro il debitore, il pagato è certo ripetibile: non così se aveva scienza e volontà di estinguere un'obbligazione naturale, perchè il creditore avrebbe esatto con diritto, e l'azione del pagante contro il debitore non può togliere a quest'ultimo il diritto di estinguere l'obbligazione naturale soltanto volendolo egli. Potrebbe perciò respingere l'azione di regresso, anche se fatta sotto forma di ripetizione per illecito arricchimento. Sugli estremi della condizione d'indebito nel diritto odierno, e sul modo d'intendere la *causa* della ripetizione, e quindi l'*intenzione* del pagante, per cui l'istituto differenzia assai dall'entità che aveva nel diritto romano, cfr. DE PIRRO, *Teoria della ripet. dell'indeb.* (Città di Cast., 1892).

Digitized by Google

versi affermare che lo stato di animo del garante non può modificare la natura dell'istituto, e la relazione fra di esso ed il rapporto garantito. Che rileva abbia il garante pagato con la scienza di eseguire un'obbligazione civilmente sfornita di azione, se pagando come garante afferma un' accessorietà non possibile per legge? Ma d'altra parte, a questo stato di animo è necessario pôr mente, per indagare se nell'atto non vi sia altro rapporto: se il garante paga, sapendo che l'obbligazione assicurata non dà azione civile, e sapendo che la garanzia non può validamente essere unita a quel vincolo, il pagamento induce l'animo di far liberalità. E in tal qualità si deve esaminar l'atto, anche per rispetto alla forma; e se in seguito il debitore legasse al creditore il pagamento dell'obbligazione, l'erede gravato godrà l'eccezione del concorso di due cause lucrative; non potrà goderne l'erede del garante che avesse legato il pagamento, se questo fosse stato effettuato dal debitore (1).

212. Quel che s'è detto della obbligazione naturale, s'asserisce a maggior ragione per la obbligazione civile *inesistente;* il difetto di un elemento essenziale toglie al tutto la obbligazione, nè è possibile garantire un rapporto personale che non vi è. Potrebbe nascere questione per la obbligazione costituita *ob turpem causam*, quando si volesse negare non soltanto il diritto di domandare l'adempimento, ma ancor quello di ripetere quanto s'è dato (2); e nascerebbe rispetto al pegno *proprio*, nel quale la cosa mobile pignorata sarebbe stata consegnata al creditore. La inesistenza non concede di distinguere l'azione di esigere dalla ripetibilità, perchè in conseguenza di essa è necessario rimettere le cose nello stato in cui erano prima del pagamento; nè dà rimedio il considerare la scienza e la volontarietà concorsa nel pagamento, dovendosi anzitutto dubitare se un'obbligazione inesistente come civile dia sempre nascita ad una obbligazione naturale; e poi, se dato il principio

(1) Il quale debitore pagando soddisfa ad un debito, e non fa quindi atto di liberalità. Cfr. LAURENT, op. cit., XVII, 30.

(2) Senza accogliere la distinzione tradizionale se ad una o ad ambe le parti si riferisca l'immoralità, pare che il concetto della legge odierna dia sempre la ripetizione dell'indebito; il pagamento avrebbe sempre luogo per una *causa* ripudiata dalla legge come valida fonte di vincolo giuridico. Cfr. tuttavia AUBRY et RAU, op. cit., § 442 *bis*, e gli Aut. cit. in n.; il Prog. del Cod. civ. germ., § 747, ed i *Motiv.* su questo §.

Digitized by Google

esposto, questa possibilità esista quando la inesistenza si riferisce alla *volontà*; e finalmente, se esista quando s'ha un'obbligazione totalmente riprovata dalla legge. Che se pure, accogliendo la dottrina romana, non si desse la ripetizione, non perciò rimarrebbe tolto il diritto di chiedere la restituzione del pegno *proprio*: la dazione del pegno non è pagamento (1).

Può costituirsi validamente la sicurtà reale per l'obbligazione nata con la forma del titolo al portatore? Se questo istituto fosse considerato astrattamente, desumendone i termini dal concetto di obbligazione, e così è stato qui descritto, la difficoltà non avrebbe ragion di essere; il titolo al portatore sarebbe un rapporto nato validamente, e la ricerca ne verrebbe ristretta al modo di effettuare impersonalmente la costituzione della sicurtà. Ma, discutendo secondo la legge, il titolo al portatore non può essere validamente emesso se non in quei casi in cui la legge ne dà facoltà espressa; e perchè una delle ragioni ond'è giustificata la restrizione è la mancanza della *causa* che deve necessariamente concorrere a dar vita al contratto, il titolo al portatore, incausato, per natura sua, è per tal difetto all'infuori dei limiti ricordati, obbligazione inesistente. La qual decisione non toglie che al titolo al portatore validamente emesso possa bene accadere il rapporto di garanzia; costituito a favore del titolo, possa con esso nei possessori successivi (2).

213. Altrimenti che nella obbligazione civile inesistente, avviene in quella ch'è semplicemente annullabile: l'inesistenza dà potere a qualunque interessato di prevalersene, e la mancanza del termine essenziale, che è il credito, licenzia chi ha obbligato la cosa, ad asserire che non vi ha perciò onere reale; l'annullabilità invece non fa ostacolo all'esistenza della obbligazione, fino a quando non sia intervenuta la dichiarazione di annullamento, e nell'intervallo l'esistenza del rapporto personale dà fondamento a quella del rapporto reale di garanzia.

La relazione fra i due rapporti induce a considerare l'obbligazione annullabile nei due tempi dell'annullabilità, e dell'annulla-

(1) S'intende: è sicurtà che il pagamento sarà effettuato.

(2) Ma nei casi permessi, la garanzia reale può essere validamente trasmessa col titolo. Dell'adattamento delle forme necessarie per la pubblicità del rapporto così costituito, si dirà nella parte speciale, trattando dell'ipoteca e del pegno.

Digitized by Google

mento: nel primo si deve scrutinare se l'azione per l'annullamento spettante al debitore, si possa sempre far valere in via di azione o di eccezione da chi ha onerato la cosa a sicurtà; nel secondo si deve ricercare se l'annullamento pronunciato a favore del debitore estenda i suoi effetti alla garanzia, e questa venga meno col cessare dell'obbligazione. La separazione dei due momenti è fatta per avere maggior chiarezza nella ricerca, non perchè debba inferirsene una diversità nei principî da applicare; ma nei due casi si rileva assai l'importanza della distinzione rispetto agli elementi onde la sicurtà reale può togliere entità speciale.

Perchè la causa dell'annullabilità, e quindi la caratteristica dell'eccezione che ne deriva, od è unita all'obbligazione, e s'infigge talmente nell'entità di essa, da non potersi distinguere per rispetto alle persone interessate che hanno diritto di valersene; oppure è soltanto unita alla persona obbligata: nel primo caso la eccezione colpisce l'atto in sè, ed è reale; nel secondo, deriva da motivi esistenti fra la sola persona dell'obbligato e l'obbligazione, e come può essere opposta soltanto da lui, ha figura di personale. Ora, badando ai due concetti fondamentali che sono nella sicurtà reale, se questa fosse costituita da chi s'è obbligato nel rapporto personale, non si può distinguere secondo la entità dell'eccezione; anche se il creditore si volgesse al debitore con l'azione nascente del rapporto reale, questo ha sempre figura prevalente di *esecuzione reale* dell'obbligazione, vi è rilevato cioè il nesso intimo fra l'obbligazione e la sicurtà, e quindi l'azione può essere respinta con l'eccezione puramente personale. Si potrebbe costruire notando che il debitore ha questo diritto, perchè, sia l'azione rivolta contro di esso personale o reale, è sempre avverso di lui ch'è instituita: ma la costruzione non sarebbe corretta; l'identità della persona contro la quale si agisce, non impedisce la separazione giuridica dei due rapporti, dei quali uno richiede per natura sua la persona dell'obbligato, e l'altro no.

Se invece nel rapporto di sicurtà reale predomina il concetto della garanzia, la separazione dei due rapporti è assoluta: riman sempre il principio della necessità ch'esista la obbligazione per l'esistenza dell'onere reale di sicurtà, ma non si può dubitare di tale esistenza se la ragione di annullamento è dedotta non dal negozio per sè, sibbene da considerazioni meramente personali all'obbligato. L'obbligazione per rispetto all'indipendenza giuridica fra i due rapporti,

Digitized by Google

esiste: e la personalità dell' eccezione nega a chi ha costituito la garanzia reale l'*interesse* di opporla, perchè la difesa è qui ristretta ad una determinata persona ed ai suoi successori. Questa è la ragion della legge sulla fideiussione, che dichiara, nonostante la regola del divieto di dar fideiussione per un'obbligazione non valida (1), potersi essa costituire per un'obbligazione annullabile in forza di una eccezione meramente personale all' obbligato, come nel caso della minore età; e l'identità della ragione che determina le due risoluzioni, conferma la distinzione proposta sui caratteri che la sicurtà reale può prevalentemente assumere. La garanzia, reale o personale, è rapporto connesso per il suo scopo all'obbligazione assicurata, ed in pari tempo, per la sua figura giuridica propria è istituto speciale: quella connessione e questa specialità si risentono nella loro efficacia della natura che ha l'eccezione opponibile contro l'obbligazione (2).

Nel secondo stadio che è l'annullamento seguìto, dominano gli stessi principî: chi ha vincolato la cosa a garanzia non può trarre in conseguenza della dichiarazione di nullità, vantaggi diversi da quelli che gli derivano dalla causa dell'annullabilità: e l'annullamento avvenuto per eccezione puramente personale, lascia tutta la validità al rapporto reale di garanzia.

214. Non l'entità del rapporto di sicurtà reale, ma la *costituzione* di esso può dar motivo a considerazioni speciali sulla rela-

---

(1) Cod. civ., a. 1899.

(2) Cod. civ., art. cit. Cosicchè accolta questa costruzione si dovrà respingere la teoria che dall'art. 1899 (rispondente all'art. 2062 del Cod. civ. fr.) argomenta la possibilità in genere di dar garanzia per un'obbligazione naturale (v. specialmente COLMET DE SANTERRE, op. cit., V, 174 *bis*, III; e sulla materia qui studiata, PONT, op. cit., II, 41), e quella, che non ammettendo questa regola, ritiene che un'eccezione sia contenuta nella disposizione ricordata (v. AUBRY et RAU, op. cit., § 425; LAURENT, op. cit., XXVIII, 136). La garanzia (personale o reale) qui è data per un'obbligazione civilmente non inesistente, ma annullabile; e riman dopo l'annullamento seguìto, per due ragioni: la prima, che questo è avvenuto per una ragion meramente personale all'obbligato (arg. L. 42 pr. D. *de jurejur.* (XII, 2): v. BÜCHEL, op. cit., p. 49 e seguenti); la seconda, che i lavori preparatorî della legge francese mostrano chiaramente, che si volle mantenere l'obbligazione del garante, supponendosi di necessità, che egli, conoscendo lo stato del garantito, abbia voluto costituirsi sicurtà per questo capo. Cons. CHABOT, *Rapport*, in LOCRÉ, op. cit., VII, 422.

Digitized by Google

zione esistente fra questa costituzione e l'obbligazione garantita, viziata d'inesistenza o di annullabilità; s'è seguìta nello stesso atto dell'obbligazione, o con atto posteriore, si può ricercare se nella costituzione esistano elementi per i quali rimanga escluso il vizio. La esclusione si deve intendere a seconda della natura del difetto; l'inesistenza, per natura sua, non concede sanatoria, e quindi la costituzione del pegno dev'essere indagata in modo da osservare se vi siano gli elementi di un atto nuovo; mentre se il difetto induce soltanto l'annullabilità, si deve ricercare l'esistenza della convalidazione. La quale si può senz'altro indurre dall'atto di costituzione del pegno, se questo ha figura prevalente di esecuzione reale siccome appartenente allo stesso obbligato, purchè in quel momento non sussistano i motivi di invalidità; la volontà del costituente si riporta qui di necessità all'obbligazione garantita, se non vi è riserva per le eccezioni già note.

215. Dallo stesso concetto della relazione fra il rapporto reale ed il personale che ne è garantito, s'inferisce esattamente l'estensione della sicurtà; la quale, per il fine suo, segue l'obbligazione nei varî modi con cui s'atteggia; quando cioè, per l'inesecuzione riman mutato l'oggetto del debito nel danno, perchè la mutazione non val qui novazione, in virtù della quale rimanga estinta l'obbligazione anteriore garantita (1). Certo, pare a tutta prima contraddizione non lieve che si affermi la mutazione dell'oggetto, e più la quasi mutazione del rapporto, per il concorso di un nuovo elemento soggettivo, la *colpa:* e si potrebbe costruire combinando il concetto della novazione vera con l'altro di permanenza della garanzia reale, supponendo che fin da principio sia consentita questa conservazione. Le considerazioni esposte sulla possibilità di costituire la sicurtà reale per un'obbligazione futura (e tale sarebbe l'obbligazione nuova, differente al tutto dalla novata), giustificherebbero questa proposta; ma quel che non si può affermare è il tenere l'istituto della colpa come inducente novazione propria. Che vi sia un elemento nuovo, è certo, e quindi un'assoluta *continuatio obligationis* non vi è; ora, novazione propria (necessaria) non vi è neppure; vi è, ponendo di accordo la novità del rapporto con la

(1) Cass. Napoli, 8 ag. 1881 (*Mov. giur.*, 1891, 77).

Digitized by Google

causa immutata della obbligazione antica, non l'essenza nuova di questa obbligazione, ma un modo di essere nuovo.

S'è detto perciò, che la sicurtà segue la obbligazione nei varî atteggiamenti suoi; e come ha per fine il conseguimento del valore cadente nel rapporto (a parte la coazione per l'esecuzione propria, la qual funzione avrebbe comune con la clausola penale) (1), così garantisce l'*esecuzione* dell'obbligazione, avvenga essa nella forma specifica od in quella del risarcimento. L'esecuzione, in qualunque forma segua, si riferisce sempre all'obbligazione garantita, e quindi sta immutato il fine e la essenza della sicurtà; argomentando da questo concetto, si può costruire la teoria della mutazione del rapporto in conseguenza della colpa, rimanendo integra la garanzia reale.

L'obbligazione, senza mutar neppure nel modo di essere, può mutare di comprensione a causa dell'accedervi di qualche ragione di credito, ch'esista in dipendenza assoluta di essa. Questo avviene per gli interessi: e qui bisogna ben distinguere la qualità che hanno rimpetto alla obbligazione, per intendere con esattezza il principio esposto sull'estensione della sicurtà. Perchè gli interessi contengono l'indennità statuita dalla legge (nè rileva se è confermata dalla volontà dei contraenti) e che è dovuta in conseguenza del ritardo nell'adempimento di un'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro (2); e qui s'è sempre in tema di danno derivante da inadempimento, cosicchè la garanzia costituita per l'esecuzione deve necessariamente comprenderli, nè abbisogna vi sia stata estesa espressamente. Se invece è parola non dei danni-interessi, ma degli interessi considerati come *frutto* civile, ben è vero che hanno sempre qualità di elemento accessorio rispetto all'obbligazione garantita, e la sicurtà estendendosi a quanto cade in essa li comprende; ma non vi accedono di necessità secondo accade per i danni-interessi (legali), ed occorre perciò vi sia estesa manifestamente (non espressamente) la sicurtà reale, nei casi in cui prevale in essa la figura della *garanzia* (3). Accedono invece necessariamente all'obbligazione

---

(1) Sull'entità di questo istituto, v. Chironi, *Colpa contr.*, nn. 261 e seguenti.

(2) Cod. civ., a. 1231.

(3) V. la nota seguente. S'intende cioè dire, non che sia necessario di estendere espressamente la garanzia reale agli interessi; ma che la *volontà* la quale ha presieduto alla costituzione della garanzia, si mostri in guisa da non parere abbia inteso ristringerla a parte del debito. Ond'è, che non si saprebbe accogliere nel

Digitized by Google

le spese occorse per ottenere l'esecuzione specifica o nella forma del risarcimento: la causa di essa le include nel fine della sicurtà reale.

216. Sta dunque il principio, che la sicurtà reale s'estende a quanto è compreso nell' obbligazione e si connette all' esecuzione di essa; ma ancor qui, secondo s'è osservato nel distinguere gli interessi-danni dagli interessi-frutti, bisogna por mente a separare le due figure dominanti nel concetto di sicurtà. Se vi prevale quella di esecuzione reale il principio regge senza restrizioni, perchè l'esecuzione si riferisce a tutto quel che entra nel rapporto personale garantito; se prevale la figura della *garanzia*, la sicurtà reale si estende a quanto legalmente inerisce all'esecuzione dell'obbligazione, senza che occorra perciò una esplicita manifestazione di volontà, ma non comprende gli altri accessorî se questa manifestazione non vi è. Il principio è ancor qui dedotto dall'entità della garanzia in genere, la quale non si estende oltre quanto s'è voluto nel costituirla (1): e questa volontà si può dedurre dalle espressioni adoperate, sebbene non vi si riferiscano direttamente (2).

Il principio esposto può avere modificazione dalla *volontà* delle parti, o dalla *legge*. La volontà può restringere la costituzione della garanzia soltanto ad una parte dell' obbligazione, così nei termini principali come negli accessorî; e questo accade, non soltanto quando s'ha prevalente il concetto di garanzia, ma anche se prevale quello di esecuzione reale, potendo la volontà che la consente restringerla

---

diritto civile italiano la risoluzione insegnata dai dottori sui fonti romanî (L. 8 pr. e §§ 1, 5 D. *de pign. act.* (XIII, 7); L. 13, § 6 D. *de pign.* (XX, 1); L. 18 D. *qui pot.* (XX, 4); L. 4; L. 22 C. *de usur.* (IV, 32); L. 6 C. *de pign.* (VIII, 13), che nel dubbio si debba tenere voluta la garanzia anche per gli interessi. Cons. WINDSCHEID, op. cit., § 226; SINTENIS, op. cit., § 48; DERNBURG, op. cit., § 76.

(1) Arg. C. civ., a. 1902, 1903. È quindi decisione accolta dagli interpreti che la garanzia data per il capitale non si estende agli interessi (POTHIER, *Oblig.*, n. 405; DURANTON, op. cit., XVIII, 320; AUBRY et RAU, op. cit., § 426; LAURENT, op. cit., XXVIII, n. 168, TROPLONG, *Tr. du mand. et du cautionnem.* (ed. 1845-46), n. 149; PONT, *Pet. contr.*, II, 104): a meno che (Cod. civ., a. 1903; Cod. civ. fr., a. 2016) la garanzia non sia data in modo *indefinito* (v. gli Aut. cit.), e su di ciò è libera la facoltà d'interpretazione del giudice.

(2) V. la n. precedente. Così per l'art. 1903 Cod. civ. basta la garanzia data in modo indefinito; si presume cioè, che se la volontà non ha ristretto la garanzia al capitale, questa sia data per l'obbligazione principale e per tutti gli accessorî. Cons. L. 11, § 3 D. *de pign. act.* (XIII, 7).

Digitized by Google

a piacimento (1). La legge regolando la *forma* della garanzia, può limitarla secondo la pubblicità che mediante di essa vuol attingere; accade quindi, che la quantità degli accessorî dovuti giusta la volontà del costituente, sia talvolta maggiore di quel che la legge comprende effettivamente nella forma che dà esistenza alla garanzia (2).

La limitazione derivante dalla volontà si può estendere a qualunque termine accessorio dell'obbligazione: e quindi anche a quello che fosse tale per legge, secondo accade per gli interessi legali e le spese. La restrizione, come si dimostrerà esponendo la nascita della garanzia reale per convenzione, non lede la legge, o la moralità o l'ordine pubblico.

217. Si può con ciò conchiudere, che il rapporto di obbligazione è assolutamente necessario alla nascita del pegno destinato a garantire la esecuzione; non rileva ricercare l'entità della prestazione dovuta, perchè a qualunque obbligazione, non viziata da inesistenza, può validamente unirsi il rapporto di garanzia reale; e neppure rileva la distinzione del vario modo di essere dell'obbligazione rispetto ai soggetti, od all'oggetto, secondo accade nell'obbligazione solidale e nell'indivisibile, perchè il pegno dato a garanzia di questo rapporto, sia esso solidale od indivisibile, attivamente o passivamente, s'atteggia sempre a seconda dell'obbligazione. Ancor qui si può avvertire la distinzione proposta rispetto al carattere della sicurtà reale: siccome nella solidarietà s'ha la pluralità soggettiva, e nell'indivisibilità la pluralità dei rapporti di obbligazione uniti assieme dalla natura vera, o voluta, dell'oggetto, il pegno dato da uno degli obbligati ha per rispetto a lui figura prevalente di esecuzione reale, e di garanzia per gli altri.

S'è avvertito come da questa distinzione si possa indurre una diversità di risultato nel determinare l'estensione della garanzia, ar-

---

(1) Qual sia l'estensione della garanzia costituita volontariamente, è indagine di fatto, da condursi secondo le regole generali dell'interpretazione, quando l'oscurità delle espressioni sia tale da richiederla. Così è stato giudicato, che aperto un credito per un dato termine, a *cominciare da un dato tempo*, e garantite le operazioni mediante ipoteca, questa non si estendesse alle operazioni fatte anteriormente (Cass. fr. 29 nov. 1892, in *J. du P.*, 1893, 1, 70). E per converso, v. la stessa Cass., 3 ag. 1870 (*J. du P.*, 1872, 527).

(2) Cod. civ., a. 2010. La ragion di questa disposizione sarà ricercata ed esposta nella parte speciale trattando dell'ipoteca.

Digitized by Google

gomentando soltanto dal concetto sul quale essa è fondata (1); e come la volontà possa liberamente regolare l'ampiezza della sicurtà rispetto all'obbligazione garantita. È perciò, che il pegno dato a sicurtà di un'obbligazione solidale od indivisibile da uno degli obbligati, o da un terzo, può essere ristretto *oggettivamente* ad una parte della prestazione solidalmente o individualmente dovuta; e *soggettivamente,* alla parte di debito di uno dei coobbligati in solido, od al credito di uno dei creditori solidali (2).

218. Che se l'atteggiarsi vario del credito, viene in considerazione rispetto alla diminuzione derivante da qualsivoglia causa possa provocarne l'estinzione parziale, non si può dedurne la diminuzione corrispondente della sicurtà reale; qui non domina più il concetto del rapporto fra di esso e l'obbligazione garantita, ma il *fine* della garanzia ch'è la caratteristica dell'istituto, e con questo il carattere dell'indivisibilità (3). Ond'è, che garantendo la sicurtà reale nella sua totalità qualunque parte del credito, la modificazione nata da estinzione parziale lascia intatta l'estensione del pegno.

Le due considerazioni fatte sull'aumento e sulla diminuzione del credito garantito, si possono ben connettere ad un principio direttivo unico, ch'è lo *scopo* del pegno; come da questo s'induce la sicurtà di *tutto* il credito, comprendendovi l'aumento che di necessità v'inerisce, così s'induce la sicurtà di ogni parte di esso, perchè *tutta* la garanzia è costituita a fin di assicurare il soddisfacimento di *tutta* l'obbligazione, e quindi di qualunque sua parte che per essere tale è compresa in quella totalità. E l'eccezione entra egualmente nelle due risoluzioni: a quel modo che la

---

(1) La distinzione risponde difatti con esattezza, al concetto fondamentale esposto sulla diversa entità del pegno, a seconda che prevale in esso l'uno o pur l'altro dei due caratteri osservati. E prevalendo il carattere della garanzia, il risultato ottenuto argomentando soltanto da questo termine, risponde alla disposizione che in materia di garanzia personale è posta dalla legge civile.

(2) La costituzione della garanzia può essere ordinata dalla volontà delle parti in quel modo che si voglia: limite è soltanto il carattere essenziale dell'istituto, che alle parti non è concesso di manomettere. Cons. su questo punto, SIEBENHAAR, *Correalobligat. n. röm. gem. u. sächsisch. R.* (Leipz., 1867-68), p. 154 e segg.

(3) Dell'indivisibilità s'è già detto tra i caratteri della garanzia reale. E v. su di essa specialmente DERNBURG, op. cit., §§ 82 e segg.

Digitized by Google

volontà può ristringere la prima, può ristringere del pari la seconda, e si può ben costituire il pegno *convenendo* si debba al tutto atteggiar la garanzia al credito garantito, restringendola ad una parte corrispondente della cosa onerata se l'obbligazione venga estinta in parte (1).

§ 2.

La cosa *ch'è oggetto della sicurtà reale.*

Sommario. — **219.** In qual modo la cosa entri nel rapporto di sicurtà. — **220.** Alienabilità. Cose fuori di commercio. — **221.** Se il diritto di alienare induca per sè quello di dare a pegno. — **222-224.** Cose singole; universalità di cose. — **225-226.** Cose presenti; cose future. — **227.** Cose altrui. — **228.** Cose di cui si ha la proprietà condizionata. — **229.** *Res debita.* — **230.** Cosa indivisa. — **231.** Cosa incorporale. — **232.** Diritti reali. — **233.** Pignorabilità dell'usufrutto. — **234-236.** Del credito. Forma del pegno. Cessione. — **237-238.** Suppegno. — **239.** Pegno della moneta e del titolo al portatore. — **240-241.** Modificazioni avvenute rispetto alla cosa pignorata. Effetto di esse sul rapporto di garanzia reale.

219. Il secondo elemento necessario a fin di dar nascita al rapporto di pegno, è la *cosa* onerata dalla garanzia; il creditore agisce direttamente sulla cosa che presta la sicurtà, e di quest'azione, e dell'oggetto suo corrispondente all'entità dell'obbligazione assicurata, è resa plasticamente l'idea nelle locuzioni *rem obligare*, *obligatio rei*. Ma non è obbligazione della cosa; non è rapporto verso la cosa in modo che questa ne sia, per sè, direttamente l'oggetto: non è rapporto nel quale sia dedotta una funzione della cosa immaginata come giuridicamente separabile dalla cosa stessa; è alienazione (condizionata) del valore contenuto nella cosa, per la quantità rispondente al *valore* dell'obbligazione. Questa la regola: qual sia la estensione del valore garantito rispetto alla cosa onerata di garanzia, e come la *volontà* possa estenderla o limitarla, s'è avvertito dichiarando in qual modo si debba determinare il credito assicurato dal pegno (2).

Nel pegno s'ha dunque il peso contenente alienazion di valore: e l'analisi di questo concetto darà modo in seguito di fissare i ca-

---

(1) V. la n. precedente.
(2) V. il § precedente.

Digitized by Google

ratteri da cui si trae l'*idoneità* della cosa ad essere oggetto del rapporto. Qui, avanti di procedere oltre occorre d'indagare, argomentando dalla nozione esposta, se il pegno, quale alienazione di valore, si possa costituire direttamente sul *valore* della cosa, e quindi su di una parte del *valore* di essa: se il rapporto tende direttamente al valore, parrebbe certa la possibilità di costituire il rapporto deducendovi fin da principio come oggetto quel che in definitiva si vuole e si deve conseguire. E quando si potesse costruire così, s'avrebbe il pegno diffuso su tutta la cosa onerata, e la figura del rapporto verrebbe al tutto diversa da quella del pegno costituito su di parte indivisa della cosa (1); l'onere l'avvolge tutta, e perchè è dell'essenza di esso che il creditore pignoratizio abbia diritto di vendere la cosa onerata a fin di ridurla in valore numerato, la sicurtà ristretta a parte del valore non può restringere questo diritto. Ora, se il diritto nascente in via diretta dall'onere rimane intero, insieme a quello di conseguire soltanto una parte del valore ritratto dalla vendita, non si può contendere che il pegno investa la cosa tutta; ma, considerata l'entità del diritto, parrebbe che questa, meglio di entrare nel rapporto reale, sia oggetto di un rapporto di obbligazione, onde il debitore sarebbe costretto a vendere la cosa per dare al creditore la parte del prezzo dedotta nel negozio (2). La

---

(1) La terminologia e la questione son dedotte dal BREMER, op. cit., I, B, p. 39 e segg. Che è posta qui in altro modo, specie per il raffronto che ne è fatto con il pegno su parte indivisa della cosa, rispetto alla quale il diritto odierno ha risoluzioni diverse dal romano; nei due casi infatti, il pegno gravita su *parte* della cosa o del valore *stimato*, perchè, se conceduto su quota indivisa si dovrà anzitutto specializzarla dal creditore procedente, a fin di ottenere su di essa l'esecuzione del rapporto garantito (v. Cod. civ., a. 2077). Mentre (e così si riesce ad una risoluzione opposta a quella cui vorrebbe andare il BREMER), ristretto il pegno ad una parte del valor della cosa riman l'onere sulla cosa intera, sebbene il diritto sia limitato a parte di quanto s'otterrà dalla vendita: e l'esecuzione potrà procedere non soltanto su parte della cosa, ma sull'intera. Nè, ostandovi l'indivisibilità del pegno, si potrà astringere il creditore a ridurre l'instanza ad una parte della cosa onerata.

(2) Questo sarebbe ben detto, se l'alienazione di parte del valore fosse avvenuta con la forma di rapporto di obbligazione; ma si deve avvertire che nel negozio accennato domina sempre la figura del pegno. Perciò, non è dubbio che il creditore non debba soffrire alcuna restrizione al diritto suo, così rispetto al diritto di vendere la *cosa tutta*, come al diritto di esigere il prezzo. Ma l'*obbligazione* di rendere l'eccedente, entrerà nel rapporto? Non è necessario, perchè la stessa limita-

Digitized by Google

qual costruzione non procederebbe correttamente; il creditore, in virtù del diritto di pegno, può agire senza restrizione sulla cosa, e rendere poi al costituente la parte del prezzo che avanza da quello cui è stato limitato il suo diritto. Il pegno, in cui l'azione del creditore si manifesta anzitutto convertendo la cosa nel prezzo, può essere limitato ad una parte del valore, senza che perciò il rapporto debba cangiar natura, e la misura del diritto conceduto al creditore pignoratizio è parte intima del rapporto reale; nè si può ricorrere alla figura di un rapporto personale, dove sia contenuta la limitazione posta a quello, che come reale, starebbe intero.

Il concetto onde si ha la determinazione dell'entità del pegno, toglie i motivi di dubitare contro la risoluzione della realtà del rapporto limitato al valore; l'onere preme tutta la cosa, ma l'alienazione del valore risponde soltanto ad una parte del valore di essa: il pegno è costituito in modo da aversene diritto di instare per la vendita della cosa intera, ma l'attribuzione del valore ritratto avverrà in quella misura cui si restringe l'alienazione consentita. Il creditore avrà perciò il diritto di agire su tutta la cosa, ma non quello di percepire tutta la somma ritratta dalla vendita: e quel che avanza di essa dopo attribuita a lui la parte alienata e contenuta nel pegno, vien data al proprietario non in virtù di obbligazione del creditore pignoratizio, sibbene perchè il residuo non può essere dato al creditore, non avendovi diritto, e spetta a chi aveva la proprietà della cosa venduta. Questo diritto di pegno limitato ad una parte del valor della cosa non rimane di essere rapporto vero e proprio di sicurtà reale: e il potere di alienar la cosa tutta non licenzia il creditore a ritirare presso di sè la somma intera ricavata dalla vendita, ma è soltanto mezzo di fargli ottenere quella parte di valore cui l'alienazione è ristretta.

220. S'è di già osservato che il concetto esposto dà i termini necessari a stabilire su quali cose si possa validamente costituire il pegno; e sebbene paia si debba dedurne la unicità, la identità dell'oggetto, quasi che, astraendo dalla cosa specialmente dedotta nel rapporto, esso consista sempre nel valore, la deduzione non

---

zione dell'oggetto, e quindi del diritto del creditore pignoratizio, lascia intero il diritto del debitore ad avere la parte del prezzo che sull'intero eccede da quella spettante al creditore. Cfr. BREMER, l. cit.

Digitized by Google

risponderebbe al vero. Perchè sebbene la nozione del valore entri nel fine dell'istituto, per cui è garantito al creditore l'adempimento della prestazione nel suo valore di origine od in quello cui vien ridotto; pure, nella costituzione del rapporto non s'arresta a questo valore come entità separata, ma alla *cosa* nella quale esso è contenuto. La cosa è oggetto del pegno, non per sè, sibbene per il suo valore: nè questo fa che non cada direttamente nel rapporto, considerato come onere reale, perchè la separazione del valore avviene soltanto in seguito alla vendita effettuata ad instanza del creditore, il quale ha diritto di procedervi quando esiste l'inadempimento della obbligazione garantita.

Se quest'alienazione, sebbene condizionata, entra nel rapporto di pegno; e se, per l'essenza dell'istituto, l'alienazione coatta della cosa è il mezzo necessario per determinare il *valore* da attribuire al creditore in ragione del credito garantito, segue che il primo requisito della cosa per essere oggetto idoneo di pegno, è l'*alienabilità;* la cosa dev'essere alienabile, che è quanto dire dev'essere in commercio (1). Altrimenti non si potrebbe avere il concetto di alienazione di un valore compreso nella cosa stessa; ed il creditore inutilmente avrebbe il pegno, se per la inalienabilità della cosa non potesse esperire il mezzo col quale si raggiunge il fine dell'istituto: la vendita.

Questo carattere dell'alienabilità è qui inteso rispetto alla cosa per sè, per la stessa natura sua; perchè l'inalienabilità oltre che da tal ragione può derivare dalla relazione speciale della cosa verso la persona che aliena, o verso quella che acquista. Del quale termine si dirà più innanzi, studiando la costituzione del pegno per effetto di volontà espressa o tacita; esso lungi dal togliere il carattere di alienabilità inerente alla cosa, lo suppone, contenendo una limitazione di tale alienabilità a ragion della posizione speciale che certe persone possono avere rimpetto alla cosa. La *inalienabilità,* ond'è tolto alla cosa il requisito fondamentale per essere oggetto idoneo di pegno, può derivare da due cause: o dalla natura stessa della cosa, che per la destinazione sua fosse disadatta a far parte del

---

(1) L. 9, § 1 D. *de pign.* (XX, 1); L. 6 C. *de pign.* (VIII, 17). V. la disposizione generale dell'art. 1116 del Cod. civ. sull'oggetto dei contratti, e l'art. 1967 in pr.: « ... i beni immobili *che sono in commercio* ... ». Cons. SINTENIS, op. cit., § 12; DERNBURG, op. cit., § 54 in pr., e 3.

Digitized by Google

patrimonio di una persona, o da questa destinazione intesa in modo da esserne vietata l'alienabilità, sebbene non sia vietato che la cosa entri validamente in un patrimonio speciale. Alla prima classe appartengono quelle cose non suscettibili per sè di appartenere ad alcuno, e che nel diritto odierno formano l'istituto delle cose di uso pubblico; certo, si può con buoni argomenti costruire la teoria nel senso di trattarsi di cose formanti il patrimonio dello Stato (o del Comune, o della Provincia), abbenchè siano volte ad una destinazione speciale per cui vengono sottratte al commercio: ma senza discutere ora le diverse costruzioni proposte a fin di determinare giuridicamente i due concetti di proprietà dello Stato, e di uso pubblico spettante all'universalità, pare avviso più conforme allo sviluppo dell'istituto delle *res quae in publico usu sunt* ed al modo in cui si maturò il concetto di Stato, l'asserire di queste cose che non siano in dominio di nessuno (1). E s'intende come la destinazione per la cui virtù tali cose sono inette ad essere oggetto di proprietà, le sottragga a maggior ragione al novero delle cose alienabili; e per conseguenza, su di esse non è possibile la costituzione giuridica del pegno.

Fra queste cose di demanio pubblico par si debbano annoverare le *res religiosae:* non per tal qualità, perchè secondo la legge canonica, sarebbero *quoad usum* oggetto valido di diritto particolare, sebbene, come rispetto alle *r. sacrae* il diritto di tener banco in chiesa,

---

(1) Cod. civ., a. 426, 430, 432. La questione appena accennata nel testo, se cioè i beni costituenti il pubblico demanio siano *proprietà* dello Stato (o del Comune o della Provincia), sebbene sottratti al commercio in virtù della loro destinazione; o se per effetto di questa destinazione, che ne compenetra così l'entità giuridica da non rendere possibile la figura del diritto di dominio, è svolta in CHIRONI, *Quest. di D. C.*, p. 8 e segg., e *Riv. ital. di sc. giur.*, 1890, f. 1, p. 2, § 1; 1891, f. 2, p. 2; v. pure, specialmente per quanto si riferisce al concetto di *demanio pubblico ecclesiastico*, CHIRONI, *Riv. ital. per le sc. giur.*, 1892, fasc. 2, p. 2. In questi lavori sono analizzate le teorie dello JHERING, e le altre opposte fino a quella recentemente proposta dal BEKKER (*Pandekt.*, Weim., 1886, I, §§ 77, 78), dedotta in parte dalla dottrina dello *Zweckvermögen* di BRINZ, *Pandekt.* (2ª Aufl.), I §§ 125, 126; III, 2, 2 Lfg., § 433: cons. pure SALEILLES, *Le dom. publ. à Rome*, in *R. Revue histor.*, 1888, f. 5; 1889, f. 4. La teoria qui proposta, è fondata in particolar modo sullo svolgimento storico del concetto di *Stato*: la sostituzione di questa persona giuridica all'*universalità* soggetto di diritto sui beni sottoposti all'uso, al godimento immediato di essa, non si effettua, per la destinazione stessa dei beni: onde, rispetto a questi la consociazione avrebbe ancora qualità di soggetto giuridico.

Digitized by Google

la possibilità di avere questo rapporto nel patrimonio privato non dia alla cosa il carattere di c. in commercio; la *res religiosa* deriverebbe nel diritto odierno la sua inalienabilità, dalla condizione giuridica della cosa ch'è di demanio pubblico comunale (1). La qual ragione non s'adatta alle *res sacrae;* e perchè la legge non ha considerato le cose costituenti questa classe nel diritto antico come se fossero demaniali, e non le ha in altro modo sottratte alla commercialità, si dovrebbe ritenere che sono in commercio e perciò alienabili, e quindi idonee a costituirvi su un diritto di pegno. Vero è, che senza argomentare da altre leggi, le quali, pur tutelando in vista di un fine speciale le *res sacrae*, non possono sancirne l'inalienabilità, la storia della formazione del *pubblico demanio* dà elementi bastevoli a costruire la figura di un pubblico demanio adibito ai fini spirituali, a lato di quello destinato ai fini temporali della consociazione: e ragionando così, si dovrebbero restringere le disposizioni della legge civile al demanio pubblico laico, che lascierebbe sussistere entro i termini posti direttamente od indirettamente dalla legge, un pubblico demanio dell'associazione per fini chiesiastici; tanto più che di ambi demanî, non lo Stato, ma la consociazione sarebbe soggetto giuridico (2).

A questa classe s' unisce per il fine dell' alienabilità, l' altra dove si comprendono quelle cose non inalienabili per non poter essere parte di privato patrimonio, sibbene per non essere in commercio: tale nel diritto odierno parrebbe il carattere del patrimonio dotale. Il quale è inalienabile, per la considerazione del fine cui è vôlta la costituzione di esso (3): le eccezioni, dedotte o dalla natura dell'atto in cui è costituito (*contratto* di matrimonio) o dalla necessità di raggiungere il fine stesso della costituzione (sollevare i pesi del matrimonio), confermano la regola. La dote, inalienabile fino a quando serba la figura sua speciale, è *patrimonio*

(1) La concessione, ch'è destinazione speciale secondo quella generale della cosa, non dà potere reale di disposizione. Sulla natura del diritto (dir. *sui generis*) che ne deriva, v. App. Caen, 4 genn. 1893 (*J. du P.*, 1893, 2, 227).

(2) V. la n. precedente.

(3) Su questo argomento, v. CHIRONI, *Quest. di D. C.*, p. 188, 191, 195. La *dotalità* investe la cosa costituita in dote, e che per sè fanno parte del patrimonio della dotata: la *dotalità* significa quella destinazione per cui le cose costituiscono il patrimonio della società coniugale, l'onere che le investe, e perciò sospende l'esercizio del diritto di proprietà.

Digitized by Google

della società coniugale (1); come *dote*, come destinazione cui è vôlto l'insieme dei beni che la compongono, è patrimonio spettante alla società matrimoniale rappresentata in ciò dal marito. Al marito è in dati casi, conceduta tacitamente, od espressamente (2) la proprietà delle cose dotali: ma qui si ha soltanto una sostituzione consentita rispetto all'*oggetto* della dote, e quindi rispetto a quello che per essere *dote* dev'essere restituito, quando sia tempo a ciò; il concetto giuridico della dote non ne riceve alterazione alcuna.

221. Posto in relazione il concetto di *cosa alienabile* con l'altro di *cosa pignorabile*, e considerato specialmente il pegno come forma, specie dell'*alienazione* in genere, si verrebbe a questo: che nell'alienazione intesa *lato sensu* è pur compreso il pegno, e perciò il divieto di alienare induce di necessità quello di dare a pegno. La qual risoluzione è stata insegnata dagli antichi interpreti (3), ma limitandola con una distinzione cui s'accennerà: se dichiarando il testo sul rapporto tra la *emptio venditio* e la *pignoratio* (4), s'avvertiva all'*alienatio* soltanto come a mezzo di raggiungere lo scopo del pegno, si teneva l'entità giuridica dell'istituto al tutto distinta dalla stessa *alienatio* in genere, ed a fin di ravvicinarvela si doveva ricorrere ad altre considerazioni estranee. Onde la distinzione tra il divieto di alienare movente da causa favorevole, e quello contenuto in disposizione di legge odiosa (5): e se nel primo caso si decideva contenesse il divieto di alienare anche quello di dare a pegno, nell'altro si affermava il contrario; conseguenza del criterio restrittivo tenuto nel dichiarare le leggi limitative di libertà.

Questa teoria, fondata in particolar modo sulla considerazione del favore consentito dalla legge per la conservazione del patrimonio di persone incapaci (6), se risponde bene ad un grande numero di casi, non egualmente bene risponde a tutti; e mal s'appone allo stesso

---

(1) Cod. civ., a. 1401.

(2) Cod. civ., a. 1402.

(3) Bart., in L. 24 D. *de pignor.* (XX, 1), che afferma l'analogia perchè il creditore pignoratizio ha diritto di vendere, e quindi per via dell'obbligazione si giunge all'*alienatio*. Certo, non è da questo elemento che può trarsi l'affinità tra i due istituti: cons. Negusant., op. cit., II, n. 3; nn. 69 e segg. V. la n. seguente.

(4) L. 9, § 1 D. *de pignor.* (XX, 1); L. 1, § ult. D. *quae res pign.* (XX, 3).

(5) Cons. Negusant., l. cit.; Balduin., op, cit., ediz. cit., p. 696.

(6) Cons. Negusant., op. cit., p. 2, m. 3, n. 77.

Digitized by Google

concetto dell'incapacità, cui in definitiva si rannoda. Perchè la incapacità considerata come eccezione, non dovrebbe mai essere estesa, secondo s'afferma per l'ordinario, oltre ai casi regolati espressamente, e allora non si potrebbe distinguere tra la ragione favorevole e la odiosa; vero è, che quando, secondo par migliore avviso, si volesse trattare questo punto con le norme comuni d'interpretazione, la semplice locuzione non potrebbe mai dar la misura dell'incapacità, dovendosi dichiararla con l'intendimento del legislatore dedotto dai fonti e dal fine stesso dell'istituto (1). Ma neppur ponendo così la teoria, la distinzione ricordata può essere di aiuto valido: tenendola nella questione del diritto spettante al proprietario dopo eseguita la trascrizione del precetto immobiliare, si dovrebbe dire che nel divieto di *alienare* i beni (2), non sia compreso il potere di costituirvi su oneri ipotecarî, perchè la restrizione ha qui carattere di odiosa; ora, la soluzione contraria non può dar luogo a dubbio, quando s'argomenti dal diritto del creditore che ha trascritto, e dalla contraddizione tra il fine cui tende la procedura di espropriazione e la interezza, o quasi, dell'esercizio del diritto di proprietà (3).

Respingendo dunque quella distinzione, non perchè in molti casi non ne vengano risoluzioni esatte, ma per la impossibilità di applicarla costantemente; ed osservando, che allorchè se ne hanno risoluzioni corrette, queste derivano da un altro criterio più generale, e cioè la ragione, il fine del divieto; si può avvertire che la entità stessa del pegno induce il concetto di alienazione, e perciò quando è ordinato il divieto di alienare, vi è, per ordinario compreso pur

---

(1) Non risponde al vero l'insegnamento che afferma doversi intendere con la sola guida dell'interpretazione letterale, quelle disposizioni in cui sia ordinata una data incapacità; l'estensione di questa, deve risultare non soltanto dalla disamina della lettera, ma pur dai fonti della legge, e l'indagine potrebbe ben dimostrare che la lettera sia meno estesa di quanto non è nello spirito, nel fine. Certo non si può argomentar qui per analogia; ma da questo al divieto di non estendersi nella ricerca oltre la lettera della legge, corre di molto.

(2) Cod. civ., a. 2085. Si potrebbe anche dire, contrariamente a quanto è detto nel testo, che il divieto muove da ragion favorevole, fatta consistere nell'interesse dei creditori. Ad ogni modo, ripudiata qui la dottrina antica (Negusant., l. cit. e Aut. che ricorda), pare più giusto argomentare dall'entità del rapporto; non è che si consideri la possibilità legale dell'alienazione in conseguenza della costituzione del pegno, ma è che nel pegno l'alienazione è ben contenuta fin da principio.

(3) Cass. Roma, 16 apr. 1883 (*Foro it.*, 1883, 1, 906); App. Venezia, 18 dic. 1890 *Foro it.*, 1891, 1, 338). Cfr. Cass. Palermo, 30 dic. 1890 (*Foro it.*, 1891, 1, 338).

Digitized by Google

quello di dare a pegno. Nè rileva se talvolta la legge a lato del divieto della concessione di alienare ha ordinato quella d'*ipotecare* (1): la dichiarazione è fatta per via della maggior chiarezza, ed a fin di risolvere dubbi già sollevati dalla dottrina (2), com'è avvenuto per la proibizione fatta al marito amministratore della dote di alienarla e d'ipotecarla. Questa la regola; l'eccezione deriva dal fondamento stesso posto a giustificare la restrizione, il quale, se dà motivo del divieto di alienare in ispecie, non s'estende perciò al potere di dare a pegno; e ponendo questo concetto in termini più comprensivi, si può affermare constar dell'eccezione, sempre quando sia manifesto che la legge ha inteso di restringere il divieto all'alienazione in ispecie; rimane così esclusa la figura dell'alienazione in genere dov'è contenuto il pegno. Ed il concetto della legge è reso manifesto dalle locuzioni stesse senz'altra ricerca, secondo avviene del divieto di comperare fatto a certe persone (3), o dallo studio della lettera unito alla ricerca dei motivi e del fine che s'è inteso di raggiungere (4).

222. Rispetto al *modo di esistere, ed al modo col quale possono essere dedotte nel rapporto di pegno,* le cose pignorabili si distinguono in cose determinate *singolarmente,* o come *universalità:* alla qual distinzione parrebbe a tutta prima risponder l'altra

---

(1) Arg. p. es. Cod. civ., a. 134; 224; 296; 339; 1404; 1741; così è mantenuta separata la concessione, nell'art. 1428. L'art. 1724 vieta al socio di *alienare* od *obbligare* le cose dipendenti dalla società, anche se mobili, s'egli non è amministratore; ed obbligare val qui dare in sicurtà.

(2) V. la nota precedente.

(3) Cod. civ., a. 1456 e segg.

(4) Sin qui, come s'è visto, s'è badato al caso che il divieto di alienazione sia contenuto nella legge. Perchè il *pactum de non alienando*, non avrebbe efficacia nel diritto odierno, almeno rispetto ai terzi; si dovrà esaminare se nel patto non sia contenuto a favor dello stipulante un diritto valido sulla cosa; ma il patto per sè non può limitare quelle facoltà consentite al proprietario dall'ordinamento giuridico dato al dominio. Cons. su di ciò, SINTENIS, op. cit., § 14, II.

Il divieto di alienare e di obbligare le cose dipendenti dalla società, fatto dalla legge al socio non amministratore, è divieto legale che s' estende all'effetto dell'atto vietato, anche per rispetto ai terzi? La risoluzione affermativa si deduce ampiamente dalle considerazioni esposte sul fine della disposizione: la legge ha considerato le cose dipendenti dalla società civile (non persona giuridica) come un patrimonio in formazione; secondo avviene nella comunione degli utili contratta fra i coniugi.

Digitized by Google

di pegno *speciale* e *generale:* ma se ben s'osserva, il pegno, a parlar propriamente, non perde la qualità di speciale quando ha per oggetto una universalità di fatto, parte distinta, propria, del patrimonio generale. Se poi a questa parte determinata si può applicare qualcuno dei principî ricevuti per il patrimonio come *universitas iuris*, è questione al tutto indipendente: e la risoluzione affermativa che si può accogliere non deriva, secondo si vedrà, dalla natura giuridica della universalità, sibbene dal modo di prodursi della volontà sull'entità della cosa e del pegno costituito su di essa.

Questa ragion di decidere accenna già al criterio con cui si deve ricercare la struttura della così detta *universitas facti:* nella quale (in opposizione alla cosa *singola*, ossia esistente, determinata per sè, per la configurazione propria (materiale o giuridica) ond'è distinta dalle altre cose) s'ha un insieme di cose singole, dove le unità pare scompaiano al tutto nell'insieme che risulta dalla loro unione. La questione, per rispetto al pegno (chè ben può darsi pegno vero, proprio di universalità, p. es. il gregge, ed anche ipoteca per via di estensione della cosa, se il gregge fosse immobilizzato per destinazione), si riduce a sapere, se nel pegno dell'universalità l'onere gravi su qualunque delle unità onde consta, o gravi soltanto l'insieme, in modo da dire, che uscita la cosa dall'universalità (la quale non perisce per questo), il pegno sussiste su di essa, e la cosa sia al tutto libera di peso. La questione ha perduto d'importanza nel diritto odierno per l'introdotto principio della virtù del possesso di cose mobili corporali; ma lo ha serbato nei casi di eccezione alla nuova regola. Ora, la ragion di decidere dev'essere dedotta dalla considerazione giuridica dell'*universitas facti:* e su tal punto pare che i fonti non abbiano mai esteso a questa concezione la figura giuridica data all'eredità, e in senso più ristretto, al peculio (1). Il caso tipico in cui l'*universitas facti* è considerata nel suo insieme come entità separata dalle unità speciali, è quello del *gregge*: limitatamente a certi rapporti (2). Della qual decisione non è qui luogo di ricercare le ragioni (3); forse, non è mal fondata

(1) A questo punto s'è già accennato studiando il privilegio del locatore: cons. sull'argomento SCIALOJA, monogr. cit.

(2) L. 1, § 3 D. *de rei vindicat.* (VI, 1). V. L. 13 pr. *de pign.* (XX, 1). Cfr. L. 30, § 2 D. *de usucap.* (XLI, 3).

(3) V. su ciò, VANGEROW, op. cit., § 71; DERNBURG, op. cit., § 59; cfr. ASCOLI, l. cit.

Digitized by Google

proposta questa, di spiegare l'eccezionalità della costruzione giuridica con la natura speciale del gregge; il quale ha vita per sè, e in sè ha la continua ragione di rinnovamento: per il che potè essere considerato come corpo esistente a sè, a quel modo che avviene dell'aggregazione umana (*populus grex* (1)). Il gregge esiste dunque con caratteri proprî ond'è determinato (2), nè si reputa siano essi perduti, se vi son compresi capi di spettanza altrui (3): purchè questi siano in minor numero, chè se fossero in numero eguale, i caratteri non sono proprî di un gregge, nè di due greggi; ossia, nè un solo gregge vi ha, per appartenere ad altri la metà dei capi onde consta: e stante l'unione, non si può dire di due greggi distinti. Gli scrittori di diritto comune, argomentando astrattamente dal concetto di *universitas*, estesero di assai la figura di *universitas facti* oltre al caso tipico del *grex*, ed oltre ai termini in cui a questo era riconosciuta tale entità (4): ma nel diritto odierno s'hanno più traccie (5) onde par certo l'intendimento di tornare alla dottrina romana.

---

(1) L. 30 pr. D. *de usurp. et usucap.* (XLI, 3).

(2) E come nell'universalità delle persone, in questa universalità del gregge a lato del carattere giuridico dell'insieme si mantien quello che può essere particolare ad ogni singola unità; *sed singulae suam causam habebunt* (L. 30 cit., § 2 in f.). L'universalità non muta per il mutare delle singole unità concorrenti a costituirla, ed in questa permanenza dell'identica entità giuridica dell'oggetto, meglio che in espedienti procedurali, sta forse il fondamento del concetto (cfr. DERNBURG, l. cit.); ma per essa non si può sopprimere, con ingiuria verso di altri, la condizione speciale di una unità, quando sia tale da contraddire al concetto che s'ebbe nel ritenere il *grex* come *universitas*: così se in questo fosse immesso un capo spettante ad altri. Non perciò la figura dell'*universitas* vien meno (L. 1, § 3 D. *de rei vind.* (VI, 1); ma il diritto del proprietario su di quel capo non è tolto, perchè il diritto sull'*universitas* esige che questo si rinnovi per virtù stessa delle proprie unità, o per l'acquisto legittimo che di altre unità faccia il proprietario cui appartiene. L'insieme ha dunque entità giuridica determinata, per quanto, in tal qualità, e condizion di continuità, può costituire oggetto di dominio (o di altri diritti che lo suppongano); quindi, se il risultato è che l'oggetto non abbia mutato per la rinnovazione e l'estensione delle singole unità avvenute in tali condizioni da rimanere intatto il diritto di proprietà, presumendosi avvengano, di regola, questi fatti per virtù propria di esse; s'intende invece, che se avvenissero con violazione della proprietà altrui, la presunzione di legittimo aumento cessa per l'azione del proprietario rivendicante.

(3) L. 2 D. *de r. vindic.* (VI, 1).

(4) Cons. DE LUCA, op. cit., *De cred.*, disc. 6, n. 8; disc. 35, nn. 28 e segg.; NEGUSANT., op. cit., II, m. 2, nn. 18 e segg.; MERLIN., op. cit., II, tit. 1, q. 45, nn. 2 e segg.; ZANCH., op. cit., ex. I, § 2, n. 85; § 3, n. 111; e specialmente BACHOV., op. cit., l. 2, cap. V, nn. 2, 3.

(5) Cod. civ., a. 512, 513; 1769 e segg.

Digitized by Google

La manifestazione del concetto di *universitas facti* si ha, a giudizio della maggior parte dei dottori, nella *pignoratio tabernae* (1). Il vero è, che la decisione dei fonti non deriva dal preteso riconoscimento di una teoria generale dell'*universitas facti:* ma è decisione speciale non informata esclusivamente al concetto di universalità. Perchè la pignorabilità della *taberna* intesa nel senso di ridurre il pegno alle merci esistenti nel negozio quando s'instituirà l'azione, e tenere quelle vendute come libere di peso, è decisione resa conciliando le conseguenze giuridiche del pegno con la destinazione della *taberna*, e argomentando dalla volontà dei costituenti; i quali non potevano seriamente costituire il pegno sulla *taberna* in modo da farlo continuamente gravare su tutte le merci esistenti e future, senza paralizzare il commercio, e distruggere con tal destinazione la stessa *taberna* dedotta nel pegno (2). Nella quale immanenza della *taberna*, per effetto della volontà, par che ricorra la figura di universalità: le dà rilievo la convenzione tacita, che il pegno distratto dalle merci alienate, ricada su di quelle sostituite ed esistenti nel tempo dell'esercizio dell'azione. Ond'è, che nel ragionamento viene in qualche modo la figura dell'*universitas,* sebbene dal riconoscimento ampio della entità giuridica dell'*univ. facti* quale cosa determinata, distinta, non sia dedotta la ragion di decidere com'è invece dottrina degli scrittori di diritto comune patrio (3): la volontà, per il modo di spiegarsi sulle cose singole, viene come a comprenderle in una universalità (4).

Perciò, se la *universitas facti* non comporta per virtù giuridica propria la pignorabilità, in modo da ridurne il pegno all'insieme senza tener conto delle mutazioni seguite rispetto alle unità, e se invece il pegno colpisce queste determinatamente; e se in alcuni casi il contrario è deciso deducendo dai concetti ora esposti; si può affermare, che costituito il pegno su di cose formanti un insieme in cui s'abbia una cosidetta *universitas facti*, l'estensione dell'onere reale esistente di regola sulle cose singole, può essere regolata dalla volontà riferentesi a quelle cose attualmente componenti l'insieme,

---

(1) L. 13 D. *de pign.* (XX, 1). V. gli Aut. cit. nelle nn. 8, 3.

(2) Cons. su questo modo di spiegarsi della volontà su di cose considerate come un *insieme*, WINDSCHEID, op. cit., § 226 *a*.

(3) V. la n. 3.

(4) V. WINDSCHEID, l. cit.

Digitized by Google

oppure a quelle che lo costituiranno nel tempo in cui sarà esercitato il diritto di sicurtà (1). E questa volontà può essere manifestata espressamente o tacitamente: secondo avverrebbe se fosse parola del pegno della totalità venuta nella considerazione della volontà dei contraenti.

223. Altrimenti avviene dell'*universitas iuris:* il concetto fondamentale è quello descritto a dichiarazione dell'*universitas facti*, il distacco giuridico cioè delle cose singole componenti la universalità, da questa ch'esiste qual cosa a sè, determinata in diritto: il quale la riconosce, le dà figura ed entità propria. Tale è il *patrimonio:* ma non si deve argomentare dalla posizione astratta del principio, dalla possibilità di sostituire le cose speciali senza sia perciò mutata la risultante della unione di esse per affermare corrisponda in ogni rapporto al concetto di universalità; questo avviene soltanto nei casi e nella misura che la legge vuole, perchè dalla legge deriva l'esistenza determinata dell'universalità. Ora, dai fonti par certa la limitazione di tale attributo all'eredità; e sebbene nella costituzione del pegno generale s'intendesse al patrimonio, questo non vi era propriamente considerato come *universitas* in senso rigoroso, dacchè sia indubitata la conservazione del diritto di pegno sulla cosa che ne fosse uscita (2). Certo, si può e si deve ammettere, almeno teoricamente, la esistenza giuridica del patrimonio qual complesso di cose corporali e di rapporti giuridici, scindendolo al tutto dalla persona cui fa capo; si può intendere questa unione di cose come oggetto valido di contrattazione e disposizione, e quindi la validità dell'alienazione (a titolo oneroso o gratuito) del patrimonio o di parte di esso (3). E come unione di cose è stato precisamente considerato rispetto al pegno generale; la conseguenza rigorosa del concetto di *universitas*, dovette cedere di fronte allo scopo del pegno, alla sicurtà, ed il pegno consentito al creditore sul patrimonio era pure sicurtà sulle cose singole (4).

---

(1) Ma badisi; la volontà intende qui alla destinazion delle cose tolte in considerazione nel loro insieme; e qui sta la differenza tra questa figura e l'altra del pegno di cose future. Cons. WINDSCHEID, l. cit.

(2) L. 18, § 2 D. *de pign. act.* (XIII, 7). Cons. su di ciò, SINTENIS, l. cit.

(3) A questo concetto s'è di già accennato. Cons. Prog. del Cod. civ. germ., § 319: e i *Mot.* su questo §.

(4) Perchè la cosa è trasmessa *cum sua causa*; L. 18, § 2, cit. V. la n. 1 della pag. seguente.

Digitized by Google

Parrebbe potersi argomentare in senso contrario, da quanto s'avverte nel diritto odierno nella struttura del privilegio generale; dove s'hanno storicamente traccie di alcune figure del pegno generale antico. Nel privilegio generale, il patrimonio *mobiliare*, e sussidiariamente (1) anche il patrimonio *immobiliare*, è considerato come insieme di beni, sui quali s'ha diritto di esercitare la ragion di prelazione; e specialmente nel privilegio generale mobiliare il patrimonio è dedotto in modo, da ridursi il privilegio alle cose che vi sono contenute nel momento in cui lo si fa valere. Deriva questa risoluzione dall'aver considerato nel patrimonio l'universalità, esistente sempre nonostante le mutazioni avvenute nel suo contenuto? o dalla virtù riconosciuta al possesso di cosa mobile corporale? Della prima costruzione s'ha buon argomento (2); della seconda darebbe ragion sufficiente la legge, ma allora, la risoluzion contraria dovrebbe accogliersi di necessità nelle limitazioni poste al principio (3); cosicchè è costruzione più vera argomentare dal privilegio come istituto non inducente, per l'ordinario, onere reale (4).

Nè di quel concetto s'ha miglior indizio nell'*ipoteca generale;* nel diritto antico l'onere reale gravitava sulle cose singole (5), e

(1) Cod. civ., a. 1963. Nella ricerca fatta sulla ragion del privilegio in genere, s'è avvertito come il fondamento di certe prelazioni consentite rispetto al patrimonio, abbia dovuto cedere di fronte all'istituto del privilegio reale: pur conservando ad esse, in via sussidiaria, il maggior favore in confronto dei crediti chirografari nel concorso sul prezzo degli immobili.

(2) Da un lato parrebbe che nel privilegio generale, per l'atteggiarsi suo allo stato del patrimonio nelle vicende che possono aumentarlo o diminuirlo, abbia virtù la prima delle due considerazioni accennate, rispondente all'entità del patrimonio. Il privilegio si riferisce al patrimonio per sè, indipendentemente dalle cose singole che possono entrare a costituirlo.

(3) Cod. civ., a. 708. Questa obbiezione è vera; ma la considerazione principale non è molto esatta. Argomentando dalla virtù del possesso di cosa mobile, parrebbe non esclusa l'azion del privilegio sulle *singole* cose; sebbene poi essa venga meno per la regola generale sul possesso del terzo di buona fede (Cod. civ., a. 707); e la costruzione non risponde all'entità del privilegio generale. Nel quale, riman l'entità di credito chirografario, riferentesi quindi al patrimonio in genere (elemento patrimoniale dell'obbligazione), non alle singole cose di cui materialmente consta.

(4) E con ciò si torna alla prima considerazione: connessa, come s'è detto (v. le note precedenti) al carattere personale del privilegio, specialmente mobiliare.

(5) Perciò il creditore ipotecario poteva seguirle presso qualunque acquirente, eccezion fatta delle *res venales*. Cons. Rodrig., op. cit., p. 2, art. 1, n. 25; Zanch., op. cit., ex. IV, § 4, nn. 45 e segg.; Negusant., op. cit., VIII, m. 2, n. 4, arg., e II, m. 4, n. 132. Cfr. Jas., ad L. 4 D. *de pact.* (II, 14) in *Opera*, ed. cit.

Digitized by Google

nell'odierno gli istituti dove ricorre la figura di tale ipoteca, non mettono in rilievo il concetto di patrimonio come universalità, sibbene quello di un insieme di cose immobiliari considerate specialmente in un dato momento (1).

224. Questa osservazione dà modo di chiarire ancor meglio l'ultima parte della distinzione proposta; perchè nel diritto odierno è una figura d'*ipoteca* dove par si badi all'universalità dei beni immobiliari considerati in un dato momento; ed un'altra, dove s'intende con maggior vigoria a questo concetto di universalità: sebbene poi in ambi casi l'onere ipotecario non esista se non siano osservate le regole speciali sulla nascita dell'ipoteca, per cui si richiede la iscrizione riferentesi sempre ad un immobile speciale e per una somma determinata (2). Sorge quindi il dubbio s'esista davvero la possibilità giuridica d'ipotecare la *universitas:* da un lato, s'ha la restrizione di essa alle cose immobiliari ipotecabili comprese nella *universitas* in un dato momento, secondo si verifica in alcuni casi d'ipoteca legale (3); dall'altro, non s'avverte questa restrizione, ma l'ipotecabilità par si riferisca soltanto agli immobili considerati in modo speciale, determinato, secondo avviene nell'ipoteca giudiziale (4).

---

(1) L'entità dell'ipoteca legale, sia essa legale propriamente detta, o giudiziale, venne rilevata fin dal principio di questo studio: ma non completamente, perchè, come si vedrà in seguito, e si dirà ancor meglio nel trattato speciale dell'ipoteca, era necessario intender bene la natura del privilegio, il quale concorre di necessità a spiegare la struttura giuridica di questa forma di prelazione ipotecaria; ed è pur necessario porre i principî sull'acquisto del pegno, perchè quella entità si possa cogliere interamente.

Qui, a parte le riserve ora fatte, interessa di avvertire, che malgrado nelle due forme accennate d'ipoteca s'abbia traccia dell'ipoteca *generale*, tal qualifica non conviene esattamente ad esse; consentita su tutti i beni che appartengono al debitore in un dato tempo (Cod. civ.; a 292; 1969, 4°), o anche sugli altri che acquisterà, man mano che gli perverranno (Cod. civ., a. 1986), è chiaro, che sebbene il titolo (la legge), dia il diritto di *costituir* l'ipoteca (di questa locuzione si darà ragione discorrendo dell'acquisto del pegno) sui beni, pure, si riferisce non al patrimonio, ma ai beni singoli che verranno nella *costituzione* specialmente indicati. E, secondo si dirà studiando nel trattato dell'ipoteca le norme speciali alla *costituzione* di essa per via di atto volontario, è disputato se l'atto che consente l'iscrizione sui beni stabili del debitore, o quanto meno sugli stabili posti in una data località, sia valido agli effetti della specialità.

(2) Cod. civ., a. 1987, 1992.

(3) V. quel che s'è detto nella n. 1.

(4) V. la n. precedente.

Digitized by Google

A risolvere la difficoltà, è mestieri di ricercare e fissare con esattezza l'entità dell' ipoteca legale e giudiziale: e su questo punto si può affermare, che sebbene si trovino in entrambe le vestigia dell'ipoteca generale, limitata alle cose *ipotecabili*, il contenuto di essa ne è distinto al tutto, perchè l'ipoteca legale, dove quelle vestigia s'incontrano, non preme il *patrimonio* immobiliare, ma si limita alle *cose idonee* che vi esistono in un dato tempo: e nell' ipoteca giudiziale, l'ampiezza non esiste a motivo del concetto di universalità immobiliare ipotecabile, sibbene per la virtù del titolo che s'esperimenta su ciascheduna delle cose a mano ch'entrano a far parte del patrimonio. A differenza cioè dell'ipoteca generale propria, l'onere reale non colpisce il patrimonio come tale, ma l'insieme delle cose ipotecabili esistenti, o le cose man mano che entrano a farne parte, e ciascheduna per sè: la legge è il titolo che senza dar nascita al rapporto di sicurtà reale, autorizza a costituirlo (1), e questo titolo colpisce le cose separate, o nel loro insieme, ma non mai in relazione al *patrimonio* come *universitas iuris*. Qui è la differenza tra la *generalità* dell'ipoteca secondo il concetto di pegno *generale*, e quello che s'avverte nell'ipoteca legale e giudiziale: onde traggono ampia dichiarazione il principio della *specialità*, ch'è caratteristica dell' ipoteca nel diritto odierno, e la *forma* dell'iscrizione speciale, necessaria a darle vita (2).

225. Dal quale concetto, per cui riman precisato il significato della *generalità* secondo se ne ha traccia nel diritto odierno, si rilevano gli elementi necessarî a risolvere una difficoltà grave: la pignorabilità delle cose *future*, vietata espressamente nella costituzion d'ipoteca convenzionale (3). Sotto l'aspetto del *modo di essere della cosa rispetto alla pignorabilità*, ch'è la seconda parte della distinzione proposta, le cose si distinguono ancora in *presenti* e *future:* con ciò non s' intende dunque soltanto all'esistenza della cosa per sè, ma della cosa qual parte del patrimonio di chi costituisce il pegno. S'avverte cioè in genere, all'essere la cosa tra i beni di chi pignorandola vuol disporne: e *presenti* son le cose contenute nel patrimonio all'atto della disposizione, *future* quelle che ne son fuori.

(1) V. il rinvio fatto nella n. 1.
(2) V. la n. precedente.
(3) Cod. civ., a. 1977.

Digitized by Google

La distinzione, posta così, ha ragion di essere nell' invalidità di *consentire* (pegno volontario) l'onere reale e l'alienazione di valore che vi è contenuta, sopra cosa di cui, per essere fuori del patrimonio, non s'abbia il potere di disporre; e perchè se da un lato l'acquistare dipende dalla mera *volontà* del costituente (1), il quale non facendolo quando potrebbe, frustrerebbe l'impegno assunto, dall'altro si può osservare, che la volontà s' impegnerebbe ad un onere che può in seguito aver tale estensione da sorpassare di molto quanto s'era preveduto, e voluto effettivamente (2).

Si può congetturare, ragionando su questo concetto, che i dubbî sollevati dai giureconsulti sull' estensione della formola adoperata nelle costituzioni d'ipoteca generale volontaria, dovessero non pur toccare la quantità dei beni soggetti all'onere, ma riferirsi alla possibilità stessa di pignorare le cose future? Non pare, perchè questa possibilità era stata ammessa per estensione di quanto avveniva di già per via di legge, seguendo la volontà delle parti, che riferendosi al patrimonio, si riferisce necessariamente alle cose che in avvenire potranno entrarvi (3); e prendendo ora partito sulla question del tempo dal quale il pegno generale così costituito avesse virtù, certo è, deducendo dai criterî esposti, che pur sembrando giusto riferirne la

---

(1) SCHILLING, op. cit., § 210, n. 15.

(2) La gravità della questione sta in questo: che tra gli elementi essenziali dal cui concorso trae vita il pegno, è la cosa dov'è contenuto il valore cadente nell'alienazione a fin di garanzia. Ora, mancando questo termine è possibile la costituzion valida del rapporto? Si potrà almeno costituirlo sotto la condizione espressa, o sottointesa, *quando la cosa verrà in proprietà del costituente?* E nei due casi, da qual momento avrà valore il pegno rispetto agli altri creditori concorrenti?

(3) La risoluzione esposta è dichiarata per mezzo del rapporto tra il pegno ed il patrimonio che vi è soggetto: l'onere segue questo insieme giuridico di beni, ma non in modo da adagiarvisi a seconda delle variazioni che vi potranno succedere: si afferma sul patrimonio, affermandosi su qualunque cosa vi sia compresa nel momento della costituzione, ed in qualunque cosa vi entri a farne parte in appresso. Se non fosse così, il concetto d'ipoteca non differirebbe dall' elemento patrimoniale che è nell'obbligazione, secondo si è più volte osservato; l'alienazione *reale* induce l'esistenza di quel peso su ogni cosa che sia nel patrimonio, e questa è la ragion di distinguere il pegno dal semplice privilegio. Cosicchè, il pegno generale investe il patrimonio per sè, riflettendosi per l'entità sua su beni tutti ipotecabili; concetto che manca alla *generalità* ch'è ancora in alcune specie dell'ipoteca odierna, dove il rapporto non colpisce direttamente il patrimonio come tale rifrangendosi poi su tutti i beni che lo compongono, ma è fin da principio volta al complesso di *certi* beni.

Digitized by Google

nascita al momento in cui la cosa futura fosse entrata nel patrimonio, è più esatto affermare che togliesse virtù dal tempo della costituzione (1). Nella formula che adoperavasi a tal fine, dove non era detto con termini appositi delle cose future, ma delle cose del costituente in genere, pareva venisse netta la volontà di sottoporre a pegno soltanto le cose presenti: onde la decisione (2) che, risolvendo il dubbio, dette a quei termini virtù di comprendere anche le future.

La difficoltà più grave occorre nel considerare la virtù del pegno consentito specialmente rispetto ad una cosa futura; perchè, se vien dedotta nel rapporto in questa qualità, vi si potrebbe sottointendere la condizione del quando entrerà nel patrimonio dell'oppignorante (3),

---

(1) La decisione qui seguìta, gravemente controversa, non è fatta derivare dal concetto della condizione tacitamente inerente all'ipoteca generale rispetto alle cose future, secondo insegnava il diritto comune (NEGUSANT., op. cit., p. 5, m. 2, nn. 39 e segg.), nè dal concetto del vincolo pignoratizio (cons. WINDSCHEID, op. cit., § 242, t. e n. 10): sibbene dal rapporto dianzi avvertito tra il pegno ed il patrimonio. La questione non ha interesse nel diritto odierno, per il diverso concetto dell'ipoteca *generale*, e per ragion di forma, secondo sarà avvertito a suo luogo.

(2) Della dizione in uso per indicar la volontà di costituire il pegno generale, s'ha testimonianza nella L. 1 pr.; 15, § 1 D. *de pignor.* (XX, 1); PAUL., *Sent.*, V, 6, § 16. La decisione cui si accenna nel testo, è nella L. 9 C. *quae res pignor.* (VIII, 17).

(3) V. L. 15 D. *de pignor.* (XX, 1); L. 11, § 3 D. *qui pot.* (XX, 4). La questione si riferisce specialmente ai frutti soggetti a pegno non qual cosa accessoria dell'oggetto principale dato a sicurtà, ma qual oggetto principale. Cons. NEGUSANT., op. cit., p. II, m. 3, n. 45; BACHOV., II, 11, n. 1; e degli Aut. moderni, cons. VANGEROW, op. cit., § 370, 5 oss.; WINDSCHEID, op. cit., § 230, 3 in f.; SINTENIS, op. cit., §§ 19, 44; DERNBURG, op. cit., § 57; EXNER., op. cit., XII; JANKE, *D. Fruchtr. d. redl. Besitz. u. Pfandgläub.* (Erlang., 1862), p. 237 e segg.; GOEPPERT, *Ueb. d. organ. Erzeugn.* (Halle, 1869), p. 235 e segg.; WARNKOENIG, in *Arch. f. C. P.*, XXII, 15 e segg.; e FRANCKE, nello stesso *Arch.*, XXX, p. 164 e segg. A parte quanto della presente questione si può riferire al pegno di *cosa altrui*, che sarà oggetto di ricerca in appresso, la difficoltà rispetto ai frutti non ha più grande importanza nel diritto odierno; perchè l'ipoteca su di essi non è consentita per essere cosa mobile; e si può discutere soltanto della valida costituzion di *pegno* proprio sui frutti pendenti.

Sulla qual questione, secondo è detto nel testo, e si dirà in seguito (v. la n. seg.), il rapporto di pegno sui frutti qual cosa *al tutto futura*, è soltanto *vincolo obbligatorio* a costituirlo, e perciò se dopo maturati il debitore li *desse* in proprietà od in pegno ad altri, il primo creditore avrà azione soltanto contro di lui per inadempimento. Se poi, il debitore avesse posto il creditore in possesso della cosa che *darà* i frutti, non si può dire ch'egli abbia in possesso questi ultimi (e sia quindi perfetto il rapporto), se non fossero *pendenti* (v. GOEPPERT, l. cit.); ond'è che riman sempre il concetto del vincolo *non pignoratizio* (cfr. WINDSCHEID, l. cit.), ma di obbligazione a costituire il pegno, od a convalidarlo: ciò che può avvenire anche tacitamente.

Digitized by Google

e se vi è dedotta come cosa propria, senza accenno a siffatta qualità, la costituzione è nulla. Tralasciando questa seconda ipotesi, dove la nullità non è dubbia; nella prima, argomentando dai termini sostanziali del pegno, parrebbe non che s'abbia validità di costituzione vera, ma *vincolo* che astringa a costituire il pegno: un vincolo reale (1).

226. Nè altrimenti rispetto all'ipoteca generale, seguirono le cose nel diritto intermedio (2); ma nell'odierno posto il principio della pubblicità, come essenziale all'esistenza dell'ipoteca, s'avvisò necessariamente anche all'altro della specialità, senza del quale non poteva quello raggiungere il fine che il legislatore s'era proposto (3): onde il divieto di costituir volontariamente ipoteca sulle cose future. Si vorrà dire con ciò, ch'è vietato di costituire pegno sopra una cosa speciale, determinata, ma non esistente nel patrimonio al tempo della costituzione? Lo si è affermato: e da moltissimi: ma è certo che la teoria va oltre il segno. Perchè la ragion del divieto deve darne la giusta misura, quando questa non risulti da disposizione espressa dalla legge; ora, la ragion fu quella di affermare i due principî accennati, e però il divieto non va al di là di tal bisogno; e quando si dimostrasse che ad essi contraddice soltanto l'ipotecabilità delle cose future in genere, è certo che vi rimarrebbe estranea la costituzion di pegno su di cosa speciale, determinata, della quale fosse detto nel consentire, o fosse

---

(1) V. la n. precedente. Non è possibile costituire il pegno come tale, o come vincolo pignoratizio, mancando uno dei termini essenziali di sua esistenza: teoria che risponde per questa parte a quanto s'è detto rispetto al *credito*, e discussa nel nostro diritto comune (v. e cfr. NEGUSANT, op. cit., p. 5, m. 2, n. 39 in f.). Non par quindi si possa ammettere, che il pegno abbia grado dal giorno di tal costituzione (v. WINDSCHEID, op. cit., § 242, t. e n. 10): ed il pegno *propriamente detto* avrà efficacia, come tale, dal giorno della consegna fatta al creditore della cosa diventata propria del pignorante o da lui ricevuta in buona fede. V. in seguito lo svolgimento della questione che nel diritto moderno si fa rispetto al pegno di cosa altrui.

(2) V. la n. ult. della pag. 464.

(3) Si parte così dal concetto dell'ipoteca generale, comprendente di necessità le cose future, per intendere qual sia la ragione e l'efficacia del divieto posto dalla legge odierna di costituire ipoteca *volontaria* su beni *futuri* (Cod. civ., a. 1977). La questione, come s'è avvertito, ha speciale importanza rispetto all'ipotecabilità di cosa altrui. V. in seguito.

Digitized by Google

tacitamente manifestato, che s'intende darla a pegno quando s'avrà (1). Si volle cioè vietare la possibilità di costituire l'ipoteca generale, e le ragioni opportune a ciò, già accennate altra volta, verranno meglio discusse in seguito: al qual fine è sufficiente, e risponde benissimo, il divieto d'ipotecare *cose future*, nè vi ha relazione alcuna l'altro d'ipotecare una cosa futura considerata specialmente (2).

Attinto questo risultato col quale si dichiara cosa valga il divieto descritto, è mestieri risolvere una difficoltà, di gran rilievo per la costruzione della teoria. Se il divieto s'intende nel senso esposto, e se di esso è parola soltanto nell'ipoteca convenzionale (e si può dir così anche del *pegno* proprio volontario), dal momento che non è ordinato per l'ipoteca legale e la giudiziale, dovrebbe indursene la presenza in questi due istituti della vecchia figura d'*ipoteca generale;* nè posto ciò, si potrebbe bene intendere la considerazione esposta sull'entità dell'ipoteca (generale) legale e giudiziale, o semplicemente legale, dove pur si comprende la giudiziale (3). Nella quale s'è detto avvertirsi una *generalità*, diversa da quella per cui era distinta l'ipoteca generale del diritto antico: ma la differenza non par si possa cogliere, se il divieto di costituire convenzionalmente questa ipoteca non esiste per l'ipoteca legale; e quando si dicesse che l'ipoteca legale, malgrado la generalità contenuta in essa, non va contro i principî della specialità e della pubblicità stante la necessità dell'iscrizione da farsi secondo questi due elementi, non si risponderebbe a segno, perchè altrettanto potrebbe dirsi dell'ipoteca volontaria, data la possibilità di costituirla in modo generale sui beni presenti e futuri. E ciò, senza osservare la non esattezza

---

(1) Ma badisi: riman sempre il concetto esposto, che pur ammessa la validità del rapporto, non vi si ha vera *costituzione* di pegno (in genere); non vi è neppur vincolo pignoratizio reale, ma obbligazione di dare a pegno, che può, anche senza ulteriore atto, e per effetto della volontà tacita, diventare pegno vero quando col venir della cosa in proprietà del pignorante, concorrano i termini tutti della sicurtà reale. Purchè sia osservata la *forma* occorrente per la costituzione del rapporto; come si dirà in seguito, studiando l'ipoteca della cosa altrui.

(2) Cfr. Cass. Torino, 5 apr. 1892, restringente la nullità ai terzi (*Mon. Trib.*, 1892, 833); e in senso ampio, A. Genova, 5 marzo 1892 (*T. gen.*, 1892, 354).

(3) Come si dirà nella parte speciale, ed è facile dedurre dai principî posti, l'ipoteca giudiziale è forma dell'ipoteca legale propriamente detta; chè vi hanno specie d'ipoteca legale, dov'è fondamento non la ragione esclusiva del favor della legge, ma la volontà presunta.

Digitized by Google

di argomentare dalla *forma* di dar pubblicità all'onere, all'*entità* del titolo di costituzione.

La difficoltà scema, se ben si ricerca la teoria esposta sulla *generalità*, qual'è contenuta nell'ipoteca legale. Se non vi si accenna ad un rapporto verso il *patrimonio*, ma ad un insieme di cose considerate specialmente, ne segue che la possibilità di estenderla alle cose future non altera questa relazione; e però, le cose future ipotecabili vi cadono determinatamente, singolarmente, man mano sono entrate nel patrimonio del debitore, e ne vien fatta la iscrizione nel modo opportuno. La legge dà il titolo per la costituzione dell'onere reale, ma questo esiste soltanto quando s'è adempiuto alle formalità richieste per qualunque specie d'ipoteca: onde il principio comune della specialità, che si può ben mettere in accordo al concetto descritto della generalità, com'è nell'ipoteca legale. Senonchè, a parte la difficoltà accennata dello scambio che succede qui tra il titolo onde s'ha diritto alla costituzione dell'ipoteca e la costituzione stessa (*forma*), non si vede perchè egual cosa non possa avvenire per l'ipoteca volontaria: anche qui il titolo potrebbe aver efficacia rispetto alle cose future, ed il rapporto reale nascerebbe dopo eseguita l'iscrizione sugli immobili speciali ipotecabili, ottenuto che ne fosse l'acquisto dal costituente. È perciò mestieri di aggiungere alla dichiarazione svolta sulla *generalità* secondo è intesa in alcuni casi d'ipoteca legale, un altro elemento che la integra: il *privilegio* (1). Non privilegio nel significato suo proprio, ma nella sua ragion costitutiva di favore rispetto a taluna causa di credito.

227. Alla pignorabilità delle cose future si riferisce la questione della pignorabilità di *cosa altrui:* perchè questa può essere considerata qual cosa futura, come se nella costituzione del rapporto di sicurtà vi si fosse inteso considerando sopratutto l'entrata di essa nel patrimonio del pignorante. Pure, per maggiore esattezza è necessario distinguere: e sebbene la cosa altrui possa dirsi futura se viene considerata in relazione allo stato attuale del patrimonio, in realtà la cosa *futura* è cosa che trarrà o si spera trarrà esistenza

(1) Concetto che sarà sviluppato in seguito; certo è, come s'è di già osservato, che la ragion del privilegio (estimazione legale, e preferenza data al credito così estimato), è pur fondamento dell'ipoteca legale propriamente detta.

Digitized by Google

da cosa contenuta già nel patrimonio, o che non esiste al tutto, mentre la cosa *altrui* esiste *presentemente*, ma al di fuori di esso. E perchè *esiste*, ma non è nel patrimonio del costituente, si sa che al tempo della costituzione del rapporto fa difetto a questo un termine essenziale; onde la necessità di ricercare, se la costituzione nel tempo in cui è seguita è valida come tale, e se quando non lo fosse, l'entrata posteriore della cosa nel patrimonio del debitore possa esercitare influenza sulla invalidità iniziale: se possa poi indurre alcun correttivo la condizione espressa del *quando sarà fatto acquisto della cosa*, e quale ne sia l'estensione.

E procedendo oltre a ben determinare la distinzione esposta, è mestieri distinguere ancora l'ipoteca dov'è ancor traccia di *generalità* (ipot. legale in genere: legale, giudiziale in ispecie), da quella dove il principio della *specialità* è strettamente osservato (ipot. volontaria, pegno volontario). Nell'ipoteca *generale* si tien conto dello stato del patrimonio com'è, o come sarà *rispetto alle cose ipotecabili*, e quindi, siccome colpisce l'insieme di cose in un dato od in dati momenti, la cosa altrui può ben essere considerata qual cosa futura assieme alle altre che sono propriamente future. Il titolo (la legge), non si riferisce ad una cosa determinata, sibbene alle cose *entrate* nel patrimonio: perciò, siccome da questo lato l'intelligenza della locuzione « cosa *futura* » è altra dall'esposta, per motivo del suo riferirsi non all'esistenza della cosa per sè, ma alla presenza di essa in quell'insieme di cose ipotecabili, ne segue che la distinzione di cosa futura propria da cosa altrui non ha qui applicazione. Ossia, la cosa *altrui* propriamente detta entra in questo caso nella nozione di *cosa futura*, perchè agli effetti del vincolo ipotecario si bada soltanto al momento in cui quella sua *presenza* nel patrimonio si verifica; e siccome il rapporto non deriva da volontà di alcun costituente, così il creditore cui non fosse conosciuta l'invalidità dell'acquisto fatto dal debitore, non ha diritto di agire a causa dell'annullamento seguito, perchè il suo titolo si restringe alle cose ipotecabili esistenti nel patrimonio, e come vi esistono (1).

Quella distinzione mostra invece tutta la sua virtù nel pegno volon-

(1) Affermazione che ha la sua ragion di essere nel rapporto di alienazione consentita dal costituente; secondo si dirà studiando gli effetti della costituzione di pegno. V. NEGUSANT., op. cit., p. 2, m. 1, n. 2.

Digitized by Google

tario: nel costituirlo si ha in considerazione una cosa non futura (in senso proprio), ma esistente, presente. Ed il primo effetto che si attinge dalla ricerca fatta, è, in una alla conferma di risultati già ottenuti, un criterio interpretativo di molto valore nella questione dell'ipotecabilità di cosa altrui, perchè nella *cosa futura* si comprende pure l'altrui nei casi in cui l'ipoteca ha come un carattere di generalità; ond'è, che riferendosi questa locuzione necessariamente ad essi, il divieto di ipotecare le cose future dev'essere inteso non per una specie di esse (cose altrui) ma nel senso proprio ed ampio che risponda a quella generalità del rapporto. Non correttamente si ragiona perciò da quanti affermano la nullità dell'atto con cui si consentisse ipoteca sopra la cosa altrui, deducendo dal divieto accennato. Dicendo di *cose future*, la legge ha tenuto questo termine in quel senso per cui le cose altrui vi sono comprese, e ciò avviene nella costituzione d'ipoteca generale (1); in tal significato il divieto comprende le cose future propriamente dette, e le altrui; ma se dalla proibizione di consentire il pegno in via generale si pensa alla concessione di consentirlo specialmente, la distinzione accennata sulla natura delle cose riprende tutto il suo vigore. Il contenuto del divieto rispetto alla *generalità* della costituzione, non pregiudica la ricerca sulla natura delle cose ipotecabili, *specialmente* dedotte nel rapporto di sicurtà; quindi, la questione or accennata non deve essere risoluta con l'argomento tratto da quel precetto legislativo, sibbene con altri criteri (2).

228. I quali vengono somministrati dal concetto posto a fondamento della teoria del pegno: l'alienazione. I principî accolti in materia di vendita non si possono tutti restringere a questo contratto, e perchè vi si manifesta la figura più tipica, determinata dal

---

(1) Cod. civ., a. 1969 cit. D'ordinario si suole argomentare da questa disposizione per asserire che non si può dar ipoteca sulle cose future, comprendovi pure le altrui; ma non si avverte, secondo è detto nel testo, alla latitudine della dizione adoperata, per cui le cose altrui sono considerate come future nell'ipoteca dov'è il carattere di generalità. Onde il divieto val proibizione rispondente al principio odierno della specialità. V. la n. seguente.

(2) V. su ciò COLMET DE SANTERRE, op. cit., n. 92*bis*, III; ma la dimostrazione ch'egli dà della risoluzione qui accolta, per cui il divieto ordinato dall'art. 2129 del Cod. fr. (rispondente all'art. 1977 del Cod. ital.), intende soltanto ad escludere la possibilità legale di costituire un'ipoteca *generale*, non è sufficiente all'uopo.

Digitized by Google

rapporto di alienazione, è necessario di trarne come dei principî generali che valgono per altri rapporti ove pur occorre la figura dell'alienazione; sempre che la natura principale del rapporto o la legge non vi s'oppongano. Quest'analogia non era sfuggita ai giureconsulti romani: non è affermata nettamente, ma nel movimento della giurisprudenza, e specialmente dov'è ricercata con la validazione del pegno costituito su di cosa altrui per via di successione del proprietario al debitore costituente, il dissidio tra le opinioni di Paolo e di Modestino, e la probabile preferenza data a quella di quest'ultimo, accusano la presenza dell'analogia descritta (1). Analogia evidentissima nel diritto odierno.

La dottrina romana distingueva rigorosamente le due figure di alienazione e d'ipoteca di cosa altrui: e mentre della prima non discutevasi la validità (2), dell'altra si affermava, nel modo più reciso, la risoluzion contraria (3). La ragion di distinguere, consisteva nel modo di prodursi del rapporto reale, che nell'ipoteca nasceva immediatamente per effetto del patto, e nella vendita soltanto in seguito alla tradizione, restringendosi la virtù del contratto a relazion personale tra le parti? Oppure consisteva nella formula dell'azione ipotecaria (4)? Questa considerazione tratta dai termini

---

(1) L. 41 D. *de pign. act.* (XIII, 7). da PAOLO; L. 22 D. *de pign.* (XX, 1) da MODESTINO.

(2) L. 28 D. *de contr. empt.* (XXVIII, 1).

(3) Arg. L. 16, § 7; L. 22, D. *de pignor.* (XX, 1); L. 6 C. *si r. al. pign.* (VIII, 16).

(4) Nè altra è la ragione della differenza come si può ampiamente dedurre dallo sviluppo storico dei due istituti del pegno (od ipoteca) e della vendita. In entrambi, la dazion della cosa era termine fondamentale del rapporto, nè per la *mancipatio* il trasferimento della proprietà era possibile senza la consegna della cosa sul contesto, come neppure lo era per la mancipazione *fiduciaria*; nè senza questo termine si poteva del pari costituire la sicurtà per via del pegno proprio, dove la consegna dell'oggetto rendeva alla mente di alcuni giureconsulti la ragione etimologica della voce *pignus*. Ora, rispetto alla vendita, scadendo il rigore del formalismo, ed immettendosi per necessità di commercio nello stretto diritto quella maggiore libertà e scioltezza di concetti proprie dello *ius gentium*, le cose mutarono; ed il *contratto* producente obbligazione fu altro rapporto da quello del trasferimento del dominio. Ma nel *pegno*, non poterono cangiare, e la consegna della cosa ne rimase sempre elemento essenziale; e perchè l'*ipoteca* non fu altro se non la idealizzazione, l'astrazione del concetto di sicurtà ch'era in esso; perchè era sviluppo logico, e non trasformazione intera del pegno (come s'avvertì invece nella relazione tra la *mancipatio* e l'*emtio-vend.*) la necessità che *dando* la sicurtà, la

Digitized by Google

dell'azione è chiarita dall'altra, ed insieme spiegano la differenza avertita: la nascita immediata del diritto supponeva di necessità nel costituente un potere di disposizione, non necessario perchè il contratto di vendita producesse l'effetto che gli era proprio. Ora, a parte il concetto più volte descritto, dell'alienazione contenuta nella entità del rapporto di sicurtà reale, l'analogia tra i due istituti è stabilita dalla cessazione di quella diversità avvertita; la vendita nel diritto odierno induce per sè il trapasso immediato della proprietà, onde la necessità dell'esistenza del diritto in chi lo trasmette e la nullità della vendita di cosa altrui (1): l'alienazione è parimenti nell'essenza della sicurtà, e quindi par si debba tenere egual principio derivante dal potere di *disporre*, ch' è termine fondamentale in atto di disposizione. Al che si potrebbe obbiettare, non derivare dal patto d' ipoteca efficacia immediata come nel diritto romano, stante la necessità dell' iscrizione (principio di pubblicità), mentre della vendita è affermata la trasmissione della proprietà a causa del solo consenso (2): il quale argomento sarà discusso in seguito, nella ricerca sul valore della forma per cui si dà pubblicità a certi atti.

Posta l'analogia tra il contenuto dei due istituti nei quali si ha la estrinsecazione speciale di un rapporto che è l'alienazione in genere, è mestieri di fissare l'importanza che sulla validità dell'atto esercita quel termine del trovarsi la cosa in potere dell' alienante (venditore: costituente); la mancanza del potere di disporre che dovrebbe preesistere alla manifestazione fattane nell'atto, indurrà la *inesistenza*, o soltanto la *invalidità* di questo? Qual sarà dunque la sorte della costituzione di pegno volontario su cosa altrui, eccezione fatta, s'intende, per il caso in cui a favor del creditore stesse il principio che nei mobili il possesso è titolo?

---

cosa fosse del costituente, rimase immutata. E non altro s'è inteso di esprimere con la formola dell'azione « *rem in bonis esse* ».

Forse, accogliendo la costruzione del porre nella relazione di garanzia la cosa onerata quasi termine di un'*obbligazione* (*obl. rei*), la difficoltà sarebbe più facilmente spiegabile: la *res* per sè, dovrebbe entrare immediatamente nel rapporto. Ma la costruzione non è da approvare.

(1) Cod. civ., art. 1459.

(2) Cod. civ., a. 1125, 1448: s'intende, che a rendere compiuta l' affermazione è necessario rammentare quel che s'è detto sulla *causa*, e specialmente nelle due manifestazioni della condizione risolutiva, e della garanzia designata, col nome poco proprio di ritenzione.

Digitized by Google

La dottrina romana ed il diritto comune insegnavano la possibilità di convalidar l'ipoteca costituita su cosa altrui mediante la ratifica del proprietario, sebbene l'entità giuridica d'un atto richiegga la presenza dei varî elementi necessarî a costituirlo, nel tempo di sua nascita; e quindi, nonostante la ragion di dubitare dedotta dal fatto che la cosa *altrui* nel momento della nascita del pegno non è *in bonis* del costituente, argomentando dalla natura della ratifica (1) e dalla volontà contenuta in essa, si decideva che retroagendo si potesse riferire al tempo della costituzione. *Rebus adhuc integris,* s'intende, per necessità inerente alla ratifica stessa: che non può mutare gli atti compiuti nell'intervallo dal proprietario al quale spettava il potere di disposizion della cosa: e però, se l'atto ratificato non fosse compatibile con l'altro conceduto nell'intervallo, la ratifica non potrebbe aver valore, derivando da chi non ha più il potere o quell' estensione di potere necessarî a formarla: e se lo è, avranno vita assieme, salva per esso la ragion di precedenza, dove questa entri nella natura dell'istituto (2).

La difficoltà su questo punto, era, ed è lieve. Grave, forse per motivi di pura forma, appariva nella ricerca della validità quando la cosa fosse entrata posteriormente in *bonis* per via di successione, oppure il proprietario fosse diventato erede del costituente: nel primo caso, s'avevano due considerazioni in conflitto, la forma cioè dell'azione (*r. in bonis esse*), ed il fatto dell'obbligazione nascente dalla convenzione, riferentesi alla cosa diventata oramai del costituente: quella poteva determinare la nullità, questa la convalidazione dell'atto. E prevalse l'ultima con l'estensione dell'azione utile, regolata secondo la ignoranza o la scienza del creditore rispetto alla idoneità della cosa (3). Nel secondo caso, sorgevano tre motivi di dubitare: uno, dedotto dalla forma descritta: l'altro dal fatto, che,

---

(1) V. su questo istituto, CHIRONI, *Istit. di dir. civ.*, § 75; e la mon. del BERTOLINI, *La ratifica* (Roma, 1890).

(2) Cod. civ., a. 1309, al. 2. La concessione dell'ipoteca non lede quella consentita nell'intervallo dal proprietario: è soltanto questione di grado, e quest'ultima non potrà aver danno dall'altra diventata valida per la ratifica. Ma si dovrà rinnovare l'iscrizione? Non pare: perchè, come si dirà, l'iscrizione dell'ipoteca ratificata conserva il suo grado rispetto a quella costituita dal ratificante dopo la ratifica; ma, pur onerando la cosa, non ha l'anteriorità secondo la data, contro le altre inscritte prima.

(3) Arg. L. 1 pr. D. *de pign.* (XX, 1).

Digitized by Google

per ragion di successione, il proprietario rimaneva tenuto a quella obbligazione nata dalla costituzion del pegno, come se la confusione dei due patrimoni potesse spiegar effetto sulla cosa, dandole, rispetto al pegno, quella idoneità che non aveva ancora al tempo della costituzione dell'onere; il terzo, derivante dall'affermazione contenuta nel secondo, per cui si farebbe cominciare un rapporto obbligatorio *ex persona heredis*, contro all'entità della *successione* (1). Il qual concetto è forse il fondamento della decision di Paolo (2); ma, probabilmente, si pensò, che la obbligazione nascente dalla costituzione *era già nel patrimonio*, e così il secondo dei ragionamenti esposti diventò in seguito la ragion di decidere (3).

229. Si possono accogliere queste risoluzioni nel diritto odierno, intendendo soltanto alla convalidazione dell'atto, e lasciando da parte quanto si riferisce alla forma, e quindi alla distinzione tra azione diretta ed utile?

La ragion di dubitare nasce dal rapporto di analogia descritto tra la vendita ed il pegno; la vendita di cosa altrui è colpita da inesistenza, o soltanto da vizio di nullità? È evidente che la decisione di questo punto assai controverso, dà i termini necessarî alla ricerca sulla validità del pegno di cosa altrui: e argomentando dalla nozione della vendita com'è ricevuta nella legge odierna, e dal rapporto com'era inteso nel diritto antico, non par possibile altra soluzione che non sia l'inesistenza dell'atto. Con la vendita avviene la trasmissione immediata della proprietà, nè altro è il suo contenuto: se chi trasmette non poteva farlo per difetto di diritto, è certa la mancanza della trasmissione, e con ciò il difetto nell'essenza giuridica della vendita. La qual decisione verrebbe meno rispetto alla *ratifica* fatta dal proprietario: ma qui la sanatoria deriverebbe da un concetto al tutto estraneo al rapporto, e cioè dalla *ratifica* che ha la retroattività per termine essenziale (4).

---

(1) Non potrebbe entrare nel concetto di *successione*, perchè viziato il rapporto fin dall'origine.

(2) L. 41 D. *de pign. act.*, cit.

(3) S'intende l'obbligazione nascente dal non aver costituito il pegno che pur si doveva costituire.

(4) Cod. civ., a. 1309. Osservisi, che non propriamente qui è parola di ratifica, supponente la *rappresentanza:* il termine rispondente con precisione al concetto sarebbe quello di *conferma*. V. Chironi, *Istit. di dir. civ.*, § 75. Cons. la n. 1 a p. 473; Pont, op. cit., II, 626: e cfr. Aubry et Rau, op. cit., § 266, t. e n. 6.

Digitized by Google

si vorrà dedurre da questa ragion di decidere, sorpassante, per sè, il rapporto speciale della vendita, la inesistenza dell'ipoteca consentita su cosa altrui, per causa di difetto nel costituente del potere di disporne alienando il valore contenuto in essa? O si vorrà argomentare dalla necessità dell'*iscrizione*, o della consegna (1), per dedurne la possibilità di convalidazione per via di successione seguita nell'intervallo fra la costituzione, e la iscrizione o la consegna, che sonó gli elementi onde il pegno ha la pubblicità necessaria per esistere ?

Quest'ultimo avviso è da toglier via senz'altro; la ricerca verte tra l'inesistenza o la semplice annullabilità del *titolo*, e quindi si deve indagare se nel tempo della costituzione se il costituente abbia il diritto di farlo, e quali son le conseguenze s'egli non l'avesse. È mestieri dunque di restringere lo studio alla prima teoria proposta, e vedere, se, data l'analogia accennata, quel fondamento posto rispetto alla vendita sia assolutamente esatto (2).

Una ragion di dubitare si può trarre da quanto s'è detto della convalidazione dell'ipoteca secondo la legge romana: come nel diritto odierno avviene per la vendita, l'ipoteca romana era costituibile sulle cose di cui s'avesse proprietà nel momento della costituzione: e pure, la convalidazione non era perciò resa impossibile. Questa osservazione, chiarita dalle considerazioni esposte, dà indizio per sottoporre a miglior ricerca quel criterio fondamentale riferito alla vendita; se ha per oggetto cosa altrui, s'intende che non potrà seguirne il trasferimento della proprietà nell'acquirente (*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*), ma il venditore non riman perciò meno obbligato a *trasferire la proprietà dedotta nel contratto*. Sussiste l'obbligazione: argomentando logicamente dal principio dell'inesistenza, il rapporto avrebbe qualità di delitto o q. delitto, ed il compratore sarebbe tenuto di colpa

---

(1) Nel pegno convenzionale; come si vedrà in seguito, nell'ipoteca legale propria, e nella giudiziale, l'*iscrizione* ha una funzione diversa da quella ch'esercita nella volontaria. Ora, gli elementi per l'esistenza dell'ipoteca si debbono trarre dal *diritto d'ipotecare*, e nel pegno dal *diritto di dare* a pegno spettante al costituente; e la indagine si deve assolutamente riferire al tempo in cui è data creazione al rapporto.

(2) Cfr. su questo punto CHIRONI, *Istit. di dir. civ.*, § 320. E sulla questione, cons. ENDEMANN, op. cit., II, p. 25 e seguenti.

Digitized by Google

extra-contrattuale (1), quando non si voglia riconoscere la bontà della dottrina costruita sulla *culpa in contrahendo* (2). Senza discutere qui questa costruzione, e restringendo ora le ricerche alla materia della vendita, si ha che i risultati storici cui s'è accennato mostrano il successivo ravvicinamento che si venne operando dei due termini del diritto antico (consenso: tradizione), a modo da effettuarsi entrambi nel medesimo punto. Non v'ha dunque elisione, ma confusione: e però si possono scindere i due termini quando questa non è possibile, secondo avviene nella presente ricerca: ed il non trasferimento lascia intatta l'obbligazione di trasferire, base del trasferimento allorchè può seguire. Quindi, l'*obbligazione* è contenuta nella vendita, e ben vi risponde l'obbligazione *contrattuale* dell'evizione (3); secondo è dimostrato dalla storia della legge, e dallo stesso modo che in questa s'è tenuto nel distribuire le norme della vendita.

Pervenuti a questo risultato, la convalidazione per via di successione non lascia più difficoltà: la ragion di decidere è sempre quella insegnata dalla dottrina romana per l'ipoteca. Vi è l'obbligazione: la cosa entrata nel patrimonio posteriormente all' atto non ne è forse l'oggetto? L'obbligazione di garantire non deve cessare appena per essere venuta la cosa in proprietà del venditore, l' acquirente non puo temer più di molestie? Par quindi giusto affermare che quella separazione di elementi induca la confusione non avvenuta prima, appena s'è resa possibile: il trasferimento della proprietà s'unisce all' altro dell'obbligazione, e perchè ne è il risultato ultimo, lo avvolge tutto, appena la cosa è venuta in proprietà del creditore, senza bisogno di altro atto. S' intende

---

(1) CHIRONI, *Colpa extracontr.*, I, nn. 11 e segg.

(2) Su questo argomento v. JHERING, monogr. cit. in *I. f. d. Dogm.*, IV, 1 e segg.

(3) Fondamento della quale non è la *culpa in contrahendo*, sibbene la colpa derivante dal contratto inefficace a raggiunger lo scopo del trasferimento. Cade perciò la costruzione proposta sul concetto che senza trasferimento non si ha vendita, quindi non contratto, e perciò l'esistenza di colpa extracontrattuale (CHIRONI, *Istit. di D. civ.*, § 323); ma senza la distinzione avvertita, che cioè l'effettuarsi del trasferimento è termine estraneo all'esistenza del contratto, perchè quell'*effetto* (non elemento essenziale del rapporto) avviene quando concorrano gli estremi occorrenti a produrlo, non è possibile costruire per ottenere i risultati della teoria comune. Su questa, v. da ultimo LAURENT, op. cit., XX, 115; e C. d'App. di Bordeaux, 23 febbr. 1883 (*J. du Pal.*, 1883, I, 896).

Digitized by Google

che tal convalidazione avviene per sè *rebus integris*: quando cioè l'acquirente non abbia fissato giuridicamente le conseguenze dell'inesecuzion dell'*obbligazione* contenuta nel rapporto; e salvo i diritti acquistati e conservati nell'intervallo dai terzi.

Esposto così il principio rispetto alla vendita, o più generalmente, rispetto all'*alienazione*, la question della convalidazione del pegno volontario, per avvenuta successione onde la cosa sia posta nel patrimonio dell'obbligato, non patisce difficoltà (1).

230. Nè dubbio alcuno impedisce di affermare la validità del pegno di cosa altrui, costituito sotto condizione (2); o consentito dall'erede apparente, nei casi in cui la legge dà validità al suo operato (3). Gli effetti della volontà condizionata rispetto alla costitu-

---

(1) Così, ma argomentando puramente dal diritto romano, MERLIN, op. cit., v° *Hypoth.*, § 4*bis*; TROPLONG, op. cit., II, 518 e segg. Meno accoglibile è il ragionamento del COLMET DE SANTERRE (op. cit., *l. cit.*), che argomenta dalle regole (Cod. civ., a. 1132), per cui nel dubbio si preferisce che la convenzione abbia effetto; più logica è la teorica proposta in LABBÉ, *R. prat.* 1875, p. 140 e segg. Cons. Cass. Napoli, 26 genn. 1892 (*Crit. For.*, 1892, 553). Affermano invece, argomentando dal divieto d'ipotecar le cose future, la *inesistenza* dell'ipoteca, DURANTON, op. cit., XIX, 36; AUBRY et RAU, op. cit., § 266; LAURENT, op. cit. XXX, n. 469 e segg.; PONT, op. cit., II, 624 e segg.; MARTOU, op. cit., 1002 e segg.; DE FOLLEVILLE, *Essai sur la vente de la chose autrui* (Par., 1873), n. 139. V. da ultimo Cass. fr. 24 marzo 1892 (*J. du Pal.*, 1892, 1, 289). La risoluzione accolta nel testo, è ora sostenuta da GILLARD, *La constit. de l'hypoth. conv.* (Par., 1892), nn. 99 e seg.

Quid se il titolo del costituente esiste soltanto in apparenza, perchè simulato? Il pegno costituito dall'acquirente, proprietario apparente, può essere pregiudicato da quello costituito da chi è dichiarato proprietario, ed è rimasto tale per via di privata controdichiarazione? La questione vuol essere risoluta coi criteri governanti la simulazione, e, pei principî sulla volontà e responsabilità (v. CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 55), la buona fede dei terzi, contraenti con chi avevano ragione di ritenere potesse validamente disporre della cosa. Alla qual buona fede si deve porre in riscontro il fatto del proprietario venditore che ha concorso alla simulazione, onde ebbe apparenza il *potere* del costituente il pegno. Cons. Cass. Napoli, 26 giugno 1890 (*Dir. e giur.*, VI, 137); PONT., op. cit., II, 631.

(2) Alla sicurtà data su cosa altrui non si può parificare il caso di sicurtà consentita da chi sia proprietario della cosa sotto condizione sospensiva: la condizione si estende anche alla costituzione del pegno. Ma chi avesse diritto di ottenere la risoluzione di un atto per riavere la proprietà della cosa, non è proprietario prima che la risoluzione sia effettuata. Cons. PONT., op. cit., II, 642, 643; MARTOU, op. cit., III, 965.

(3) Cod. civ., a. 933.

Digitized by Google

zione del pegno, saranno esaminati nell'esposizione della nascita del pegno per atto volontario; qui basti di avvertire, che la condizione non può retroagire: essa contiene il *se ed il quando* la cosa entrerà in potere del costituente, ed è ristretta al *quando* la possibilità di esercitare il potere di disposizione che si manifesta nella costituzione del pegno. Altrimenti, la costituzione fatta da chi non è proprietario dovrebbe vincere quella ordinata da chi, essendo proprietario, poteva disporre legittimamente della cosa.

Si dovrà tenere questa regola quando fosse costituito il pegno su di una *res debita*? Per un lato sta il principio, che il pegno colpisce la cosa dovuta soltanto quando sia entrata nel patrimonio del debitore; per l'altro i principî ricevuti nel diritto odierno rispetto all'obbligazione di dare, vietano si distingua tra i due casi di *res debita* e *res debita nondum tradita*. Malgrado ciò, la figura della *res debita* quale oggetto di pegno può ben ritrovarsi, non nel caso di promessa di vendita, che non val vendita (1), sibbene in altro rapporto che si dirà; e qui il pegno può essere validamente costituito, perchè se la cosa è dovuta esiste di già nel patrimonio non direttamente, immediatamente, sibbene per via dell'azione diretta ad ottenerla: ed il proprietario disponendone esercita su di essa il proprio diritto. Così avviene nel caso preveduto nei fonti, di un fondo acquistato in proprio nome dal rappresentante, creditore ancora del prezzo di acquisto, e sul quale il rappresentato abbia costituito un pegno prima di essergli fatta la tradizione della cosa, ed altro in seguito a persona diversa: il giureconsulto si decide per la validità e la priorità dell'ipoteca anteriore; il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato, e l'aver anticipato il prezzo dà a lui un diritto di credito avverso del mandante, ma non denatura il rapporto del mandato e quindi la relazione sua con la cosa acquistata (2). Nè rileva se questo credito o se il credito di altri il quale lo abbia

(1) Chironi, *Istit. di D. civ.*, § 319 : cfr. da ultimo App. di Nancy, 2 marzo 1889 (*J. du P.*, 1890, 1, 700).

(2) L. 3, § 1, D. *Qui potior.* (XX, 4); Vangerow, op. cit., § 369; cfr. Dernburg, op. cit., § 30. La decisione, com'è riferita nel testo, non contiene la parte che si riferisce al caso del prezzo pagato dal rappresentato per via di denari datigli a tal fine dal secondo creditore: il quale avrebbe, per tal fatto, la priorità nascente da altro ordine di considerazioni, che non la ricerca del momento vero dell'acquisto della proprietà: e cioè l'aumento seguìto, pel suo intervento, nel patrimonio del debitore comune.

Digitized by Google

estinto rimborsando il rappresentante, abbiano ragion di preferenza sull'ipoteca consentita dal rappresentato; l'inferiorità di quest'ultima, non avrebbe fondamento nel supporre l'impossibilità di costituire validamente la sicurtà sulla *res debita* prima dell'entrata effettiva di essa nel patrimonio del creditore, sibbene nello scopo del credito, diretto all'acquisto della cosa stessa (1).

Nel diritto odierno, secondo s'è già osservato, la questione è in termini più ristretti; e se anche le parti avessero stabilito che l'acquisto della proprietà (e quindi il momento vero della trasmissione) segua nell'istante della consegna, non è possibile affermare la valida costituzione del pegno fatta nell'interesse dell'acquirente. La condizione del quale è qui come nel caso della promessa di vendita, sebbene in questo s'abbia soltanto l'azione contro il promettente ad addivenire al rapporto premesso, e nell'altro, quando dall'atto non si rilevi la sola figura della promessa, l'acquirente possa ottener la cosa per via di giustizia. Qui, dal concetto moderno dell'obbligazione di dare una cosa certa, determinata (nè su di altra si può intendere la costituzione dell'ipoteca, nè l'esercizio di un atto vero di disposizione), nasce il diritto del creditore di agire direttamente sulla *res debita*.

231. Considerato poi il *solo modo di essere della cosa*, questa si distingue secondo è *divisa* od *indivisa:* in ambi casi può essere validamente oggetto di sicurtà reale. E ciò avviene, perchè considerato soltanto l'onere, e quindi l'alienazion del valore che vi è contenuto genericamente, la quota indivisa, senza essere quota di valore (2), ha in sè questo termine: nè l'onere colpisce una cosa astratta, il diritto: colpisce la cosa, sebbene s'intenda per via di astrazione l'entità del condominio, al quale ogni parte minima della cosa è soggetta nella misura riferentesi alla quota indivisa. Ma se il concetto di alienazione del valor generico bene s'accorda

(1) Qui dunque emergerebbe correttamente la figura della *res debita:* la quale non entra al tempo dell'acquisto nel dominio del rappresentato, perchè il rappresentante acquistò a nome proprio; ma nei rapporti tra le persone rispetto alle quali esiste, benchè in via mediata, la rappresentanza, è per questo titolo che la cosa dev'entrare nel patrimonio del rappresentato con effetto retroattivo. Nè par qui luogo adatto ad insistere nel concetto, che, sebbene in modo limitato, mediato, il concetto di *rappresentanza* esiste indubbiamente. Chironi, *Istit. di D. civ.* § 74; Cfr. Tartufari, *La rappresentanza* (Torino, 1892).

(2) Chironi, *Istit. di D. civ.*, §§ 114, 147 e Aut. ivi citati.

Digitized by Google

all'altro di quota indivisa, l'esercizio del diritto di sicurtà, e quindi del diritto di vendere ch'è il mezzo adatto di farla valere, esige una maggior determinatezza dell'oggetto: il valore contenuto nella quota definita astrattamente, dev'essere concretato in una cosa o nelle cose rappresentanti in modo certo, preciso quale ne sia effettivamente l'entità materiale: perciò, con la divisione dell'asse comune non si attribuisce al compartecipante una *cosa* diversa da quella cui si riferiva in origine il suo diritto di condominio: si reputa che l'*oggetto* del diritto non abbia subìto modificazione alcuna, e la divisione specializza, determina materialmente, quel che prima, rispetto a questa materialità era considerato con astrattezza. Onde s'è affermato aver la divisione carattere di atto non traslativo, ma dichiarativo del diritto (1). E s'induce da ciò, la immanenza del rapporto di pegno com'era costituito sulla quota indivisa (2): se l'og-

---

(1) Cod. civ., a. 1034. V. CHIRONI, *Istit. di D. civ.*, § 452 e segg.; e Aut. ivi cit.

(2) Non tutta la cosa entra quindi nel contenuto dell'ipoteca, ma soltanto quella parte che verrà determinata nella divisione, in ragione della *quota* cui si riferisce l'onere (App. Digione. 20 marzo 1889 in *J. du P.*, 1889, 1, 980; App. Orleans, 25 lugl. 1890 in *J. du P.*, 1891, 1, 905), il quale prima di tale atto, avvolge in questa proporzione (pegno su quota, parte indivisa) la cosa intera. Nè rileva se il condomino, oppure il proprietario unico, abbiano costituito così l'ipoteca; il proprietario può ben assoggettare al rapporto reale di garanzia una *quota* della cosa, determinabile in seguito mediante la divisione apposita, che, rispetto al costituente od ai successori, sarà fatta sulle instanze del creditore, non vincolato per la ragion del suo titolo da divisioni anteriori. Su di ciò cons. EXNER, op. cit., p. 63, e cfr. BREMER, op. cit., p. 81 e segg. È pressochè inutile di avvertire, che se più tra i condomini ipotecano insieme la propria quota, l'esame dell'atto dovrà determinare l'entità del debito per il quale la sicurtà venne costituita; così, ceduta da un coerede agli altri la propria quota, se gli altri coeredi debitori del prezzo garantiscono il credito della quota loro, è da ritenere, dove non s'abbia altro elemento d'indagine, che l'ipoteca è data da ognuno a sola garanzia del proprio debito. App. Catanzaro, 24 mag. 1889 (*Gravina*, 1889, 537).

La seconda figura può occorrere, ancor quando il pegno sia stato costituito sulla sua quota dal condomino, se questi, in seguito ad incanto tra i condividenti (Cod. civ., a. 1034), fosse rimasto unico proprietario della cosa; perchè con ciò il pegno non la comprende tutta, ma ne colpisce una parte indivisa rispondente alla quota che ne era l'oggetto originario. (App. Rennes, 14 marzo 1892 in *J. du P.*, 1893, II, 61). Risultato eguale a quello che si ha se nella licitazione fosse rimasto aggiudicatario un estraneo, se tra questo, i condividenti ed il creditore non esistessero accordi relativi all'estinzione dell'onere reale. Ma il pegno continua a gravar *tutta* la cosa, sulla quale era costituito, se per intera fosse entrata nella quota di uno tra i compartecipanti; perchè la divisione non può modificarne l'estensione originaria.

Digitized by Google

getto giuridico del diritto di condominio non ebbe alterazione, e si presume in conseguenza sia stato il condomino sempre proprietario della cosa assegnatagli in parte, nè abbia mai avuto diritto sulla cosa caduta nelle porzioni degli altri compartecipanti, s'intende non essere stata mai altra la cosa onerata a pegno nel tempo dell' indivisione (1).

---

(1) Dai concetti esposti ben s'inferisce la ragion fondamentale su cui posano, la necessità cioè del condominio vero, perchè uno tra i compartecipanti possa validamente dar in pegno la propria quota. Di qui segue, che quando la *società* ha figura di persona giuridica, manca il rapporto diretto tra il socio ed il patrimonio sociale, di cui non egli, ma l'ente è soggetto, ed il socio non può dar pegno sulla *quota* patrimoniale che non ha: il suo interessamento nell'azienda si riduce ad un diritto di credito (c. mobile: C. civ., a. 418).

Nasce difficoltà in questa parte, rispetto al contratto di società civile: della quale una parte notevole della dottrina e la più recente giurisprudenza francese, affermano la personalità giuridica (DURANTON, op. cit., XVII, n. 334; LAROMBIÈRE, op. cit., V, p. 121, n. 6; TROPLONG, *Contr. de société* (éd. 1843), I, nn. 58 e segg.; BEDARRIDE, *Tr. des sociétés* (éd. 1876), 1, n. 9; HOUPIN, *Tr. th. et prat. d. soc. p. actions* (éd. 1889), I, n. 8; Cass. fr., 23 febbr. 1891, in *J. du Pal.*, 1892, 1, 73; 2 marzo 1892 in *J. du Pal.*, 1892, 1, 497). Affermazione contraddetta interamente dalla storia della legge e dallo sviluppo ch'ebbe il concetto di *persona giurid.* (v. CHIRONI, *Istit. di D. civ.*, § 28, e gli Aut. ivi cit.; e cons. THIRY in *Revue crit.*, V (1854), p. 412 e segg.). Nè rileva che la legge francese (C. civ. a. 1860, conf. art. 1724 Cod. civ. ital.) vieti al socio non amministratore, di alienare o di *obbligare* le cose, benchè mobili, che dipendono dalla società. Il socio è comproprietario, condomino, del patrimonio *dipendente* (non appartenente) dalla società, e per tal carattere potrebbe obbligare la sua quota; ma avvenendo ciò, sebbene la quota si debba restringere a quanto in seguito cadrà nella parte che gli verrà assegnata per divisione, il creditore conserverà, malgrado le alienazioni successive dell'*immobile*, il diritto d'ipoteca inscritta su di questo quando era parte del patrimonio sociale. Ad impedire questo risultato, contrario al fine stesso della società e favorire lo sviluppo, la formazione del patrimonio sociale, la legge dà al socio amministratore facoltà ampie, che limita, per la stessa ragione che le ha concedute a lui, agli altri soci; come, in materia al tutto analoga, avviene nell'istituto della comunione dei beni tra i coniugi (Cod. civ., a. 1438), dove la moglie è condomina. (Cons. AUBRY et RAU, op. cit., § 377; PONT, *Tr. des sociétés* (éd. 1884-1885) I, n. 126; GUILLOUARD, *Tr. du contr. de soc.* (éd. 1892) I, n. 33 e segg.; LABBÉ, in *J. du Pal.* 1884, 1, 929; LYON-CAEN, *Ibid.*, p. 674, e 1888, 1, 380; MEYNIAL, *Ibid.*, 1892, I, 73 e 497; e Aut. e sent. ivi citate).

La risoluzione accolta sta anche nel caso di società commerciale in istato di liquidazione. Che non è cessazione della società (Cass. fr., 13 genn. 1892, in *J. du P.*, 1892, 1, 100; 22 mag. 1892 in *J. du P.*, 1892, 1, 469), la quale mantiene in conseguenza intatto il poter suo sul patrimonio sociale. E paiono non giustificate, e non bene precisate le eccezioni dedotte dalla necessità di ristringere in termini ragionevoli questa *finzione:* cfr. Cass. fr. 22 genn. 1892 (*J. du P.*, 1893, 1, 49).

Digitized by Google

La divisione lascia dunque inalterato l'oggetto (1); e per giunta è necessaria, a fin di concretare, di fissar meglio il valore alienato in una cosa determinata. Perciò, il creditore cui è data la sicurtà deve procedere a questa determinazione, per potere agir poi esercitando il diritto di vendere, a fin di separare il *valore* col quale estinguerà il suo diritto di credito (2). Certo, logicamente, si poteva tralasciare la necessità di questa operazione preliminare, che, secondo s'è osservato, dà luogo a dubitare se qui la sicurtà non cada su di un diritto; la vendita potrebbe ben farsi rispetto alla quota indivisa. Ma dato il carattere della divisione, parve più opportuno e più giuridico ordinare la esatta determinazione della cosa; dalla quale specialmente si deve trarre il valore alienato mediante la costituzione della sicurtà.

232. È già occorso di accennare al pegno costituito su di un diritto. Perchè ciò è giuridicamente possibile; e considerato non più il modo di essere della cosa, ma la *stessa entità della cosa* come oggetto idoneo di sicurtà reale, vien essa distinta in *corporale* ed *incorporale*. Senza ricercare qui qual sia l'essenza della cosa detta incorporale, basterà di avvertire che mentre la cosa corporale è parte determinata, circoscritta del mondo esterno, e però cadente sotto il dominio dei sensi, la incorporale è frutto di mera astrazione giuridica, la quale, pure riferendosi ad una cosa corporale non si confonde in alcuna guisa con essa, come si nota della quota di condominio. La cosa incorporale è creazione della legge: dello stesso rapporto giuridico, dove, in qualità di oggetto, entrano non il patrimonio, non la cosa per sè, sibbene una funzione di essi non determinabile corporalmente, la legge crea una cosa: il fine del rapporto sarebbe tutt'uno col rapporto stesso, e pure separando i due concetti, il fine è assunto in qualità di cosa, di oggetto del rapporto di cui è parte integrante. Così la servitù è giuridicamente il rapporto di servitù, essendovi contenuta una relazione *con la cosa* a scopo di utilizzare separatamente una funzione di essa:

---

(1) S'intende, che per le cose di cui non fosse possibile per natura loro, la divisione, senza distruggerle; o non si potesse far comoda divisione, la *quota* sulla quale è costituito l'onere verrà determinata sul *valore* che, per effettuar la divisione, è sostituito alla cosa in natura (cons. C. civ., a. 988, 990).

(2) Cod. civ., a. 2077.

Digitized by Google

eppure la legge, astraendo, ne fa una cosa incorporale, che non è dunque propriamente il rapporto giuridico, sibbene il fine cui s'intende per via di questo: e perchè il fine è nel rapporto, si qualifica d'ordinario come cosa il rapporto stesso. Avviene pure, si dia titolo d'incorporale al *rapporto* giuridico, al diritto, anche se costituito su di cosa corporale: ma non par linguaggio proprio, ben rispondente ai principî.

Perchè la cosa incorporale, sebbene sia il prodotto della mera astrazione giuridica, esiste, la idoneità ad essere oggetto di sicurtà reale dev'essere ricercata senza alcuna preoccupazione per la sua natura, ed indagando soltanto se concorrano in essa quei caratteri per cui la cosa in genere è valido oggetto di pegno. Il primo ed essenziale requisito è l'*alienabilità* (1), e della cosa incorporale si dirà dipenderne l'idoneità da questo termine: non rileva dunque la possibilità di separare una funzione della cosa dalla cosa stessa, e farne oggetto di rapporto giuridico determinato: è mestieri si accerti anzitutto se la cosa sia *alienabile*, e si ricerchi poi, in qual modo si debbano accordare l'entità della sicurtà reale e quella ch'essa ha, a fin di determinare la figura con cui si può mettere ad effetto la pignorabilità (2).

La regola è dunque che la pignorabilità è in ragione dell'alienabilità; e quando di questa non s'ha dubbio, se la natura della cosa sia tale da apparir soltanto come prodotto di astrazione giuridica, attalchè il rapporto di cui è oggetto non dia potere sulla cosa corporale per sè, s'arriva alla figura del pegno mediante l'altra della cessione. A questo principio si rannoda la ricerca sulla pignorabilità dei diritti reali sulla cosa, e del diritto di credito: e dai risultati che s'otterranno, avrà compiutezza l'esposizione fatta nel ragionamento sulla natura del diritto di pegno (3).

233. Dei *diritti reali* idonei ad essere oggetto di pegno, si possono segnalare l'enfiteusi e la superficie: per quest'ultima l'affermazione è fatta qui soltanto teoricamente, dovendosi poi discutere se il silenzio tenuto dalla legge nella designazione delle cose suscettibili

(1) Concetto generale, esposto nella ricerca sull'entità del pegno: cap. II.

(2) Come valga a questo fine la figura della cessione, s'è detto (cap. cit.); e si ricercherà in seguito.

(3) Vedi le due note precedenti.

Digitized by Google

d'ipoteca non dia motivo alla contraria risoluzione (1). E l'affermazione è fondata sull'entità di questi diritti: non vi entra una semplice funzione della cosa, bensì la cosa stessa e contengono un vero smembramento del diritto di proprietà, che nell'enfiteusi è spinto fino ad attribuire al diritto enfiteuticario una superiorità sul nudo dominio, per effetto del riscatto (2). Il diritto reale in seguito di tale smembramento della proprietà colpisce la cosa direttamente; il soggetto ha per via di esso la insistenza su parte della cosa considerata nella sua materialità, e siccome per ciò riman limitata la entità stessa del diritto di proprietà, l'oggetto del diritto non è una funzione della cosa, sibbene la cosa stessa: da questo lato si potrebbe dubitare se il pegno dell'enfiteusi sia costituito su di cosa assolutamente incorporale, secondo la dichiarazione data di cotesto termine (3).

A maggior difficoltà dà causa la ricerca del pegno della servitù: e qui si mostra tutta la bontà del criterio fondamentale proposto. Delle servitù reali costituite è manifesta l'inalienabilità, perchè l'entità, la destinazione di esse non consente siano staccate dal fondo cui si riferiscono: contengono una funzione della cosa separata soltanto in considerazione di altra cosa, il cui diritto di proprietà per l'avvenuta aggiunzione di tal qualità riman come integrato: ed affermata quella utilità per cui la legge consente la separazion della funzione, il giudizio non muta nel senso che quello fatto per la utilità di due fondi possa rimaner identico se riferito ad altri. Il giudizio in questo nuovo senso si potrà pur fare; ma sebbene non muti il contenuto dell' utilità separabile, identica anche se il fondo cui vien prestata è diverso da quello originariamente dedotto nel rapporto; pure, i termini rispetto ai quali esso venne considerata nella costituzione del diritto reale, son diversi, e quindi il giudizio

---

(1) Cod. civ., a. 1967.

(2) V. Chironi, *Istit. di D. civ.*, § 370, e Aut. ivi cit.; cons. De Pirro, monogr. citata.

(3) Il dubbio non ha più ragion di essere, quando si pensi che l'enfiteusi colpisce il diritto di proprietà; e sebbene lo smembri, sottraendone il godimento costituito come diritto a sè, col carattere di prevalenza derivantegli dal riscatto, ha rispetto alla cosa figura di onere. Nè rileva, se il godimento rimane nel direttario con altra forma ch'è la prestazione dell'annuo canone; corrispettivo della concessione, questa ha tuttavia carattere di rapporto reale.

L'ipotecabilità dei *diritti* di enfiteusi e della superficie, darà materia di studio nella parte speciale.

Digitized by Google

sarà diverso da quello fatto di già, e con esso sarà diversa la servitù. Altrimenti avveniva secondo la dottrina romana, per quattro servitù reali (1); onde i dubbi se fosse consentita la figura del pegno o dell'ipoteca; se quelle servitù s'intendessero già costituite o da costituire; se la decisione data per esse fosse estendibile anche alle altre servitù reali, quantunque non nominate espressamente nel testo (2). E par si debba decidere che il testo si riferisce così al pegno come all'ipoteca: e non alla servitù costituenda, sibbene alla servitù costituita. Perchè altrimenti non s'intenderebbe il pegno di una servitù non ancora determinata, e che non può esserlo se non sia intervenuto il giudizio della utilità rispetto ai fondi; e neppur facilmente si può intendere il contenuto del pegno, il quale non cadrebbe su di una servitù perchè non esiste, ma sul fondo, e darebbe poi diritto non alla vendita del fondo, sibbene di una funzione (non di una parte) di esso; e qui certo non si ha ancora la servitù, la quale esisterebbe dopo avvenutane la costituzione come *res nova*. Astrattamente, si può concepire la possibilità di cedere altrui il diritto di costituire una *determinata* servitù su di un fondo, a favore di un fondo vicino e non determinato cui sia di utilità; ma, pur non osservando che il diritto così conceduto non è reale non essendovi ancora alcun rapporto col fondo, par certo che data la pignorabilità di esso non si può dire s'abbia così il pegno di una servitù. Le difficoltà scompaiono sol che si avverta alla nozione antica della servitù (3), dov'era in origine contenuta una vera parte del fondo, e s'aveva perciò un vero smembramento della proprietà; di qui, ben si rileva il motivo per cui la pignorabilità fu sempre limitata alle quattro servitù rustiche più antiche. Mutata la nozion della servitù, s'intese che mal vi si poteva accomodare il concetto della pignorabilità: ma rispetto alle quattro servitù rustiche nominate, nessuna modificazione seguì di

---

(1) La questione dell'ipotecabilità del diritto di servitù reale, sarà, come s'è detto per i diritti d'enfiteusi e di superficie, studiata nella parte speciale; il breve accenno fattone qui ha ragione nella necessità di esporre con la maggiore larghezza la teoria generale. Sull'affermazione contenuta nel testo, v. la L. 12 D. *de pign.* (XX, 1); e la monogr. di PICCINELLI, *Il pegno di servitù prediale* (Firenze, 1884).

(2) V. il rinvio fatto nella n. precedente. Su questo punto v. l'esposizione delle teorie, nel PICCINELLI, mon. cit.

(3) V. il cap. I, § 1, dove, secondo il concetto esposto nel testo, è fatto il confronto tra il *pegno* e la *servitù*. Cfr. PICCINELLI, mon. cit.

Digitized by Google

tale idoneità, per omaggio alla tradizione, ed alla possibilità *di fatto* di poter mutare i *soggetti* della servitù con vantaggio dell'agricoltura. La qual costruzione mostra, come nel diritto odierno, cessate queste ragioni di rispetto verso una tradizione costante, non sia riconosciuta la ipotecabilità della servitù reale, per sè inalienabile (1).

234. Invece, non s'ebbe e non s'ha dubbio, sulla pignorabilità della servitù personale di usufrutto, costituito o costituendo (2): pignorabilità in ragion sempre dell'inalienabilità. Perchè dell'usufrutto *come diritto* avviene lo stesso che delle servitù reali: queste ineriscono al fondo cui prestano servizio, a modo da non potersi alienarle separatamente da esso, e il diritto di usufrutto inerisce alla persona cui è conceduto; ma l'*esercizio* rappresenta nell'effetto il potere di raccogliere i frutti, si concreta cioè su di una cosa, rispetto alla quale quando è colta si ha un rapporto giuridico diverso da quello per il quale s'è potuto coglierla. Qui, a differenza della servitù reale, il prodotto dell'*utilità* assume forma determinata, propria, è facile oggetto di scambio, e presso l'usufruttuario esiste non *iure servitutis* (che è il diritto di apprenderlo), sibbene *iure proprietatis:* se quindi nulla vieta l'alienazione del prodotto appreso da lui, non vi ha parimenti ragione di vietare che egli possa alienarlo lasciando all'acquirente la cura di apprenderlo. Altrimenti avviene nella servitù di uso, ch'è usufrutto limitato, ma è facil cosa avvertirne la ragione; il diritto di cogliere i frutti è limitato alla sola persona dell'usuario, e sebbene la forma dell'*utilità* assuma qui forma concreta come nell'usufrutto, perchè non s'estende all'utilità in genere, ma all'utilità sola considerata in relazione alla persona, non è possibile di cederne l'esercizio. L'*intuitus personae*, domina in questa servitù, non soltanto per rispetto al diritto, ma anche per l'esercizio.

All'*alienabilità* dell'*esercizio* dell'usufrutto (3) ristretto appena da qualche eccezione (4), risponde la *pignorabilità* di esso (5): e

(1) Vedi sulla questione il rinvio fatto nelle n. precedenti.

(2) Vedi il rinvio fatto nelle n. precedenti.

(3) Cod. civ., a. 492.

(4) Arg. Cod. civ., a. 1867, 2°. Sulla inalienabilità dell'esercizio dell'usufrutto legale, v. ora Huc, *Tr. théor. et prat. du dr. civ.* (Paris, 1892) III, n. 189; Pascaud, in *R. critique*, 1892, p. 91 e segg.; App. Riom, 16 marzo 1892 (*J. du P.*, 1893, II, 146).

(5) Cod. civ., art. cit.

Digitized by Google

non soltanto, secondo s'è avvertito, per l'usufrutto costituito; è possibile, ed i testi sono espliciti su questo punto (1), pignorare un usufrutto da costituire. Avverso della qual decisione, si può obbiettare la ragion di dubitare esposta discorrendo del pegno della servitù reale: se l'usufrutto non è costituito, qual'è l'oggetto del pegno? Il creditore pignoratizio avrà diritto non di alienare la cosa, sibbene di costituire il diritto di usufrutto: il pegno avrebbe dunque ad oggetto il potere di costituire questa servitù, e, ragionando correttamente, l'alienazione dovrebbe contenere non la costituzione di esso, sibbene il diritto di costituirla. E se oggetto del pegno non è l'usufrutto, non esistente nel tempo in cui la sicurtà ebbe nascita, come si potrà affermare la possibilità di dare a pegno un usufrutto da costituire?

La difficoltà, malgrado le apparenze, non è qui grave secondo avviene per la servitù reale, in causa della diversa entità dei due diritti. L'usufrutto è rapporto separabile dalla nuda proprietà, e per rispetto all'esercizio, liberamente alienabile; cosicchè, la costituzione di pegno su di un usufrutto non ancora costituito, induce la separazione, seguita astrattamente bensì, ma immediatamente, della nuda proprietà dall'usufrutto, il quale è fin da quel momento considerato come entità separabile; quantunque la separazione effettiva avvenga quando sarà esercitato il diritto di sicurtà reale. Senza evocar qui la distinzione scolastica dell'usufrutto *formale* e *causale*, non si può nascondere che s'ha nella costruzione proposta, un concetto dov'è quasi resa la prima di queste due figure.

235. La dottrina esposta sul contenuto dell'obbligazione (2), concede di porre con facilità la teoria sulla questione della pignorabilità del credito. Il quale è nel patrimonio del creditore; e parrebbe perciò, che se in tal qualità è parte della garanzia generale prestata dal patrimonio, ne sia ben possibile la specializzazione mediante la sicurtà reale. Nè teoricamente si può dubitare di tal possibilità, come non si può dubitare della differenza ricorrente tra il *pignus nominis* ed il *pignus rei debitae* (3): il pegno del credito,

(1) L. 11, § 2, D. *de pign.* (XX, 1). Cons. sulla pignorabilità dell'usufrutto, VANGEROW, op. cit., § 367; WINDSCHEID, op. cit., § 227; SINTENIS, op. cit., § 21; DERNBURG, op. cit., p. 62; BUCHEL, op. cit. I, 3.

(2) V. il cap. II.

(3) Secondo il significato esposto a pag. 482 e seg.

Digitized by Google

nel quale cade il *rapporto patrimoniale*, è altro dal pegno della cosa dovuta, in cui non entra il mezzo di ottener la cosa determinata nella prestazione, non il diritto di ottenerla, ma la cosa stessa. Perciò, il pegno del credito colpisce la *cosa*, nel senso che il creditore pignoratizio cui ne sia fatto il pagamento ha il pegno su di essa, e per giunta il diritto di domandare che il pagamento sia effettuato (1).

Ma la costruzione non può riposare sulla sola posizione di questi principî astratti; se il credito è rapporto patrimoniale, è pur notevolissima in esso la presenza di un altro termine, ch'è il rapporto personale inducente il *fatto* del debitore come oggetto immediato della relazione (2). Onde la qualità giuridica di cosa *incorporale:* e sebbene paia che il pegno possa esistere come *diritto reale* su qualunque cosa, corporale od incorporale, perchè dà il diritto di agire *direttamente* su di essa, in effetto avviene altrimenti (3). Ristretta qui la ricerca al diritto di obbligazione, è chiaro che il pegno non può mutarlo di carattere: il diritto di credito pur assoggettato a sicurtà reale conserva la sua natura giuridica, e non si può dire di costituzione di diritto reale su di un diritto di obbligazione,

---

(1) Arg. C. civ., a. 1861. V. in seguito la costruzione della teoria già esposta nelle sue linee generali nel cap. II. V. gli Aut. ivi citati.

(2) Sull'entità del rapporto di obbligazione, e sulla fusione in esso dei due elementi *patrimoniale* (elemento comune al rapporto reale) e *personale*, v. il discorso lungamente fattone nel cap. II.

(3) V. il rinvio fatto nella n. precedente, su l'entità del pegno. Certo, sottilizzando assai, secondo si è già osservato (Bremer, op. cit., p. 28 e segg.), si può intendere la realità nel senso che il rapporto modifica, se non nella sua struttura, nella sua estensione il *diritto* che sulla cosa appartiene al pignorante; ma l'astrazione non rende buon servizio alla costruzione, perchè il concetto di onere esclude l'idea di una modificazione interna del diritto del concedente; e d'altronde, del pari che questo nella sua manifestazione concreta, ha bisogno della cosa su cui adagiarsi. E come la natura della cosa influisce di necessità nel determinare il diritto del pignorante, così avviene rispetto al diritto del creditore pignoratizio in virtù del rapporto di garanzia reale: che è tale nel senso che è costituita sulla cosa: salvo poi a dichiarare, secondo l'entità di questa, se il rapporto sia veramente reale o no. (Cons. Sohm, *L. v. Subpign.* (ed. cit.), p. 12 e segg.; e v. il rinvio fatto in pr. della precente nota).

Ma questa distinzione fra l'entità dell'istituto ed il modo di apparir di esso, è concetto logico? ben determinato? La critica è stata fatta alla teoria del Sohm (Windscheid, op. cit., § 227, n. 7): ma col concetto fondamentale qui proposto di *alienazione di valore* a scopo di garanzia, gran parte del suo fondamento vien meno, perchè l'*alienazione* ha natura giuridica secondo la cosa che vi è dedotta.

Digitized by Google

di un diritto più esteso su di un altro che lo è meno. Il fondamento del rapporto, la cosa su cui vien costituito il pegno, rimane dunque diritto di credito; e se il *pegno* non può assumere la caratteristica di diritto reale, è mestieri cercare in qual modo lo scopo, il fine dell'istituto sia posto in accordo con la natura della cosa onerata.

E s'è arrivati allo scopo, non associando la realità di un rapporto alla personalità dell'altro, chè non sarebbe cosa possibile; rispettata l'entità del rapporto di obbligazione, si potè adattare al bisogno quella figura giuridica con cui s'effettua la trasmissione del diritto di credito, la *cessione:* modificandolo così da farvi penetrare nella sua entità il fine del pegno, senza attribuire perciò ombra di realità al rapporto. Perchè dal pegno deriva con l'alienazione del valore il potere sulla cosa a fin di trarne il valore alienato, parve non si potesse costituirlo su di un credito, con forma diversa da quella per cui si suole disporne (1); e siccome il potere consentito al creditore pignoratizio è altro da quello conceduto al vero cessionario, per effetto della trasmission propria del diritto di obbligazione, s'incluse in essa quel termine dinotante il fine del pegno, la sicurtà. Non è dunque una cessione condizionale (2), perchè il fine del pegno, non è rappresentato soltanto dalla condizione: esso inerisce addirittura al rapporto principale (3), modificandolo, e facendone una ***cessione speciale a fin di pegno.*** Così la natura del diritto di obbligazione è mantenuta nella forma del rapporto, combinata, per l'entità di questo (sicurtà reale), col fine del pegno (4).

---

(1) Cfr. tuttavia TROTSCHE, op. e l. cit.; e per il diritto antico, v. NEGUSANT., op. cit., p. 8, m. 1, n. 19.

(2) MÜHLENBRUCH, op. e l. cit.; PUCHTA, op. e l. cit.: HUSCHKE, *De pign. nom.* (Götting., 1820), c. 3, § 1.

(3) Cons. DERNBURG, op. cit., § 60; EXNER, op. cit., p. 133 e segg.; e, avvertendo alle particolarità della costruzione, v. KRASNOPOLSKI in *Zeitschr.*, v. GRÜNHUT, XII, p. 507 e seg., e gli Aut. ivi citati.

(4) Arg. Cod. civ., a. 1881: cons. BRINZ, op. cit., § 284, f. e n. 7. Cfr. SOHM, op. cit., p. 44 e segg.; BREMER, op. cit., p. 209 e segg.; PFAFF, *Geld als Mittel pfandrechtl. Sicherstell.* (Wien, 1868), p. 44 e segg.; VANGEROW, op. cit., § 368; WINDSCHEID, op. cit., § 239. E sebbene il possesso del credito sia trasferito mediante la consegna del documento onde ha prova il credito (Cod. civ., a. 1538 al.), pure rinviando ogni maggiore ricerca allo studio speciale sul pegno, bisogna avvertire che questo termine non è necessario concorra con la notificazione per la realità del rapporto (C. civ., a. 1881). Sebbene paia che la *consegna* risponda all'elemento oggettivo del credito, e la notificazione al soggettivo, ciò non è (v. p. 492, n 3); nè questa cessione speciale vuol più forme che la vera. Cfr. Cass. Roma, 19 dic.

Digitized by Google

Posto ciò, siccome alla perfezione della forma con cui si fa la cessione, occorre sia questa a notizia del debitore, la significazione che il creditore pignoratizio ne fa, non induce, secondo parve ad alcuno (1), atto d'acquisto proprio del credito, contraddicente alla specialità della cessione; la *forma* di quest'atto è in ogni sua parte penetrata dal fine ond'è determinata tale specialità, e cioè il pegno. Non afferma il passaggio del diritto di credito nel cessionario, ma la costituzione del diritto di pegno a favor del creditore cui è dato in sicurtà (2).

236. Secondo s'è avvertito rispetto al termine generale onde la cosa trae idoneità ad essere oggetto di pegno, il credito è dato validamente in sicurtà, quando sia *alienabile*: perciò se l'alienabilità ne fosse impossibile, a ragion della *personalità* del credito, inutilmente lo si darebbe a pegno: e se la legge attribuisce effetti limitati alla cessione, il creditore pignoratizio non può pretenderne di maggiori (3).

1892 (*G. ital.*, 1893, 1, 575) e Simoncelli in *Foro it.*, 1893, 1, 900; cons. Cass. Napoli, 15 mag. 1893 (*Foro it.*, 1893, 1, 900) e Bonelli, in n.; A. Casale, 15 lugl. 1892 (*Foro it.*, 1892, 1, 1303). Ma non è corretto asserire che al difetto di *consegna* supplisca nel caso di pegno di credito ipotecario l'annotazione obbligatoria nei registri ipotecari (C. Napoli cit.), che è puramente facoltativa (Cod. civ., a. 2011). Certamente si può obbiettare l'interesse dei terzi possessori o costituenti l'ipoteca, i quali, per la mancata pubblicità possono pagare in buona fede al creditore pignorante che abbia minacciati od intrapresi gli atti esecutorii; e la facilità che il cedente ha di sorprendere la buona fede altrui, facendosi credere, per la non avvenuta annotazione, ancora libero disponente di un credito ipotecario. Considerazioni che unite al concetto dello scopo del libro fondiario e della fede dovutagli, indussero molte tra le legislazioni germaniche ad ordinare l'iscrizione per la esistenza stessa della cessione dei crediti ipotecari (v. Stobbe, op. cit., II, § 113; e *Mot.* del prog. di Cod. civ. germ. sul § 1087). Ma in difetto di una espressa disposizione di legge, non si può richiedere come necessaria quell'annotazione che per la cessione vera è tenuta soltanto facoltativa (Cod. civ., a. 2011; cfr. C. Napoli cit.): e però mal si può dire che il creditore pignorante possa esercitare l'azione ipotecaria (Cass. Torino, 8 apr. 1889, in *G. Tor.*, 1889. 317), o che il pegno del credito ipotecario non induca cessione del vincolo ipotecario (Cass. Torino, 27 sett. 1888, in *Legge*, 1889, 1, 43). Il creditore pignoratizio deve soltanto curare la notificazione al debitore, ed al terzo costituente l'ipoteca. App. Torino, 12 dic. 1891 (*G. Tor.*, 1892, 267).

(1) Buchka, op. cit., p. 19; Windscheid, l. cit., n. 16 in f.

(2) Cod. civ., a. 1881, 1539.

(3) Posta la figura della cessione speciale (che, per la costruzione fatta, è altra dalla cessione *limitata*), non si possono dare al *cessionario a titolo di pegno* diritti maggiori di quanti spettano al cessionario vero.

Digitized by Google

Gli effetti di questa figura speciale di cessione, dove la cessione ordinaria (cessione del credito) è modificata intimamente dal pegno, rilevano dell'uno e dell'altro di questi due istituti (1). Il creditore può, per l'avvenuta cessione, esigere il credito, ma non tiene per sè l'esatto, non essendo egli vero cessionario e dovendo comportarsi come creditore pignoratizio; conseguentemente, se oggetto del credito è una somma di denaro, perchè questo ha entità di mezzo intermediario degli scambi, può compensare in proporzione di quanto è a lui dovuto (2). Non si vuol dire con ciò ch'egli sia diventato acquirente del credito, vietandolo l'entità del rapporto, ed essendo pur qui, secondo è regola pel pegno, vietato il patto commissorio (3); la natura dell'oggetto esatto rende assolutamente inutile di costringere il creditore a procedere alla vendita del credito, avendosi di già in considerazione di esso quel fine che si vuol raggiungere con la vendita, e cioè la trasformazione della cosa nel valore numerato (4). Se invece oggetto del credito fosse altra cosa suscettibile di pegno, l'ampiezza della sicurtà consente che questa sussista su di essa dopo l'esazione fattane dal creditore (5); parve ad alcuno potesse egli tenerla per diritto di ritenzione, e l'affermazione non è corretta perchè nulla giustifica la mutazione del rapporto di sicurtà (6), la quale investendo tutto il credito, rimane sulla cosa esatta in virtù di esso, quando questa non sia tale da poter valere per l'estinzione del credito garantito. S'intende che potrà esercitare tale diritto sulla cosa data in pagamento, secondo le regole del pegno; essa, come s'è detto, è soggetta al rapporto di sicurtà, e però se fosse immobile (ed ipotecabile) ha diritto di iscrivervi immediatamente l'ipoteca.

In queste risoluzioni predomina la figura della cessione del credito

---

(1) S'intende che l'entità del rapporto ritrae maggior fondamento dal pegno.

(2) Bremer, op. cit., p. 215; Windscheid, op. e § cit.; L. 18 pr. D. *De pign. act.* (XIII, 7); L. 13, § 2 D. *de pignor.* (XX, 1).

(3) Cod. civ., a. 1884.

(4) Se il creditore pignorante fosse debitore nel rapporto di obbligazione dato in pegno, la compensazione tra il suo credito e quello pignorato è conseguenza della facoltà di *esigere* che gli compete. Cons. Windscheid, op. cit., §§ 226, 239; Pfaff, op. cit., p. 35 e segg.

(5) Windscheid, l. cit.; Dernburg, l. cit.; Bremer; op. cit., p. 173 e segg.

(6) Cfr. Mühlenbruch, op. cit., p. 346 e segg.; Trotsche, op. cit., p. 114 e segg.; Buchka, op. cit., § 2. Contro: Vangerow, op. e l. cit.; Windscheid, op. e l. cit.; Dernburg, op. e l. cit.

Digitized by Google

accomodato sempre alle esigenze del pegno. Ma siccome il concetto di sicurtà v'inerisce, il creditore pignoratizio può procedere in conformità alle norme sul pegno, instando la vendita del credito (1); salvo al debitore il potere di rendere affatto inutile il ricorso a questo mezzo, adempiendo l'obbligazione mediante il pagamento al creditore pignoratizio il quale non avrebbe altro *interesse* di procedere ai mezzi coattivi; e gli verrebbe meno così il fondamento di agire.

237. I concetti esposti sul fondamento e sull'entità di questa figura di pegno, permettono di enunciare in breve le differenze intercedenti tra la cessione ordinaria e quella fatta a scopo di sicurtà. Nella quale, il creditore pignoratizio non è vero cessionario; onde, nulla vieta al debitore pignorante nel cui patrimonio, nonostante il pegno, è rimasto il credito pignorato, di farne ad altri cessione vera, che non può pregiudicare i diritti acquistati anteriormente dal creditore pignoratizio, e da lui conservati rimpetto ai terzi. E per il modo speciale di conservarli, non si può contestare al debitore la facoltà di dare in pegno lo stesso credito a più persone, contemporaneamente, o in tempi diversi; avvenendo ciò, se la data dell'atto conservativo fosse eguale per tutti s'ha il concorso; e se fosse diversa, si risolve il concorso in ragione dell'anteriorità. Perchè qui, le forme speciali ordinate per la conservazione rispetto ai terzi del diritto derivato dalla cessione, non inducono quel possesso effettivo ordinato per il pegno di cose mobili corporali (2): e la denuncia può occorrere rispetto a più persone nello stesso tempo, od in tempi diversi. Con la quale osservazione non s'intende affermare abbia la denuncia il significato attribuitole nel diritto intermedio, dov'era parificato alla tradizione nelle le cose corporali (3); nonostante l'importanza di questo risultato come termine storico per la costruzione giuridica odierna, pare si debba riferire la necessità della denuncia all'impossibilità di trasferire l'obbligazione tenendo solo in considerazione l'elemento oggettivo, che, di regola, esiste mediante il *soggettivo*, il *fatto* cioè dell'obbligato. Il quale, per necessità, dev'essere dunque posto in

---

(1) Cfr. tuttavia EXNER, op. cit., p. 133 e segg.

(2) La costituzione del pegno a più in questo caso, sarà esaminata nella parte speciale.

(3) Cout. de Paris, art. 108. POTHIER, *Vente* (ed. cit.), n. 554. V. su questo argomento, HEUSLER, *Die Gewere* (Weim., 1872), § 21.

Digitized by Google

relazione col cessionario, cui è stato trasmesso il diritto alla prestazione ch'egli deve compiere.

Parimenti, il carattere della cessione rivela come non si richiegga alcuna rinnovazione di essa a favore del debitore pignorante, dopo che il creditore pignoratizio sia stato da lui soddisfatto. Il creditore non era diventato per la cessione acquirente vero del credito pignorato; il pignorante non l'avea quindi perduto, e la *restituzione* del pegno dovrà essere fatta portando a notizia del debitore pignorato l'avvenuta estinzione del credito garantito dal pegno.

238. Figura ben più complicata è il *suppegno*, ossia dazione in pegno di un diritto di pegno già costituito (1): e lo è, a causa del concorrervi il diritto *reale* di pegno ed il diritto *di credito*, senza il quale quello non darebbe utilità al creditore suppignoratizio, e non si raggiungerebbe il *fine* cui s'intende con la costituzione di tal rapporto. E mentre da un lato parrebbe che questo abbia ad oggetto diretto il pegno, e quindi il diritto reale, e l'alienazione della cosa che vi è dedotta trasferibile perciò nella sua realità: dall'altro, dà ragion di dubbio l'accessorietà di esso al credito, onde il bisogno di far intervenire immediatamente questo elemento nel rapporto, e di ricorrere così alla figura, già analizzata, della cessione a fin di pegno: e su tal dubbio sorge poi l'altro, che ammesso ciò, e dando al credito un'importanza così principale, il suppegno si confonde quasi col pegno del diritto di credito.

Non altre, a ragionar giusto, son le cause del grave dissidio manifestatosi nella dottrina rispetto alla natura del suppegno: perchè alcuni vi considerarono prevalentemente la figura del *diritto reale* dato in pegno, e parve che, per la relazione diretta, immediata, in cui è col creditore pignoratizio, questi potesse trasferirlo senz'altro (2); altri poi pur accogliendo il concetto del diritto reale dato in pegno, non accolsero l'altro del *diritto reale di pegno* considerato quale *oggetto* del rapporto e perciò dedotto nel suppegno, non parendo fosse costruzione corretta questa del far cadere il pegno su di esso *rapporto giuridico;* e siccome il pegno è onere sulla cosa,

---

(1) V. in seguito. Su questo concetto cons. SCHMID, *Grundleh., d. Cession* (Braunscher., 1866), p. 141 e segg.; SOHM, op. cit., 57-76; BREMER, op. cit., p. 215 e segg.

(2) V. gli Aut. cit. nella n. precedente; cons. WINDSCHEID, op. e l. cit.

Digitized by Google

parve venisse nel suppegno la cosa pignorata (1). Ma, a parte che la cosa non è per sè oggetto del pegno, e lo è per il valore che essa contiene: la teoria urta contro il contenuto del diritto derivante dal pegno al creditore pignoratizio.

Altri poi, argomentando dal fine dell'istituto, non si fermarono alla figura della realità, caratteristica del pegno, e pensando che va unita per la ragione della garanzia ad un diritto di credito, osservarono non aver nessuna utilità il pegno della semplice sicurtà reale (2): se questa è considerata nella sua purezza, con astrazion totale dal credito garantito, il debitore suppignorante potrà esigere il credito, ed estinta legittimamente l'obbligazione garantita, vien meno la ragion della garanzia, e con questa il suppegno. Si vidde quindi, contraddire assai al fine dell'istituto l'indipendenza del credito dal pegno, e si giunse fino a scorgere nel suppegno soltanto il pegno del credito (3).

---

(1) Donell., op. cit., VIII, Negusant., op. cit., p. 2, m. 3, n. 19; Trotsche, op. cit., § 2; Vangerow, op. cit., § 368 e gli altri Aut. che cita. Cfr. specialmente Sohm, op. cit., pag. 59 e segg.; Windscheid, op. e l. cit. Certo, il creditore sup. pignorante non ha, rispetto alla *cosa*, altro potere che quello derivantegli dal *solo suo diritto di pegno;* nè può disporne onerandola.

(2) Mühlenbruch, l. cit.; Cons. Dernburg, § cit., p. 477.

(3) Mühlenbruch, l. cit. Cons. su questo argomento, gli Autori cit., nelle n. precedenti: i quali (v. Sohm, op. cit., pag. 85; Bremer, op. cit., p. 215 e segg.; Schmid, op. cit., p. 145 e segg.), o costruiscono la relazione (indiretta) del creditore suppignoratizio rispetto al credito cui il pegno si riferisce, argomentando da quello che corre tra l'azione ipotecaria ed il credito garantito (arg. specialmente dalla L. 13, § 4 D. *de pign.* (XX, 1), e dalla possibilità di separare i due termini, in modo da venirne alla sussistenza indipendente dell'azione; o (Exner, l. cit.; Vindscheid, l. cit.) costruiscono separando nettamente il rapporto reale dal personale riferentesi al credito garantito dal pegno suppignorato, osservando che il creditore suppignoratizio esercitando il diritto reale del suppegno ha gli stessi poteri del creditore pignoratizio in virtù del pegno. Quindi, può esigere il credito, e con ciò, estinto il pegno, rimane estinto il suppegno; ma non ha potere di impedire al primo debitore, fosse anche con la denuncia, di pagare al creditore suppignorante, perchè altrimenti spiegherebbe rispetto al credito un diritto che non ha. Delle quali opinioni, la prima contrasta all'entità del pegno; la seconda al fine del suppegno, e rileva dalla prima l'indipendenza dell'azione nascente del rapporto reale. Certo, apparentemente quest'ultima costruzione ha giuste proporzioni di parti; ma consentito il pegno sul pegno, il creditore suppignorante non *vieta a sè* di esercitare il pegno, e di estinguerlo, esigendo od accettando il pagamento? E *vietando a sè* questi atti, non pone certo il creditore suppignoratizio in relazione personale col primo debitore, nè ciò poi avviene per l'entità del suppegno; ma il creditore suppignoratizio, denunziando al debitore il suppegno, l'avverte, che il sup-

Digitized by Google

Nella qual teoria è recisamente esatta la preparazione, non così il risultato finale. Altro è il pegno del credito, altro il pegno del pegno: in quello vien dedotto direttamente il credito nel rapporto di sicurtà, in questo invece il pegno: cosicchè, per costruire esattamente la nozione del suppegno è necessario si ragioni secondo l'entità del pegno, la relazione di esso col credito garantito, e col patrimonio di chi lo ha costituito. La qual ricerca è stata lungamente fatta nel discorrere analiticamente dell'entità del pegno (1), e qui riesce agevole coglierne i risultati.

Ad esporli in breve, basterà di argomentare dalla distinzione fondamentale proposta rispetto agli elementi che concorrono nel pegno: i concetti cioè, prevalenti or l'uno or l'altro, di esecuzione reale e di garanzia. Il criterio generale che ne deriva, è la determinatezza del diritto di sicurtà reale, stante a sè in virtù della realità: il qual risultato si ottiene osservando la prevalenza che, costituito il pegno, questo toglie sul rapporto di credito (2); ora, quando predomina la figura dell'esecuzione reale, e quindi non esiste il pericolo che il creditore possa ottenere per due mezzi distinti, e due volte, il valore cui ha diritto una volta soltanto, il diritto di pegno si può staccare interamente dal credito garantito (3). Nel secondo caso, la realità, e quindi la prevalenza del pegno, ne consentono la trasmissione (4) che paralizza di necessità l'esercizio del credito cui è originariamente unito. A queste regole sull' *alienabilità*, dovrebbe essere raffrontata la *pignorabilità* del pegno; ma applicandole al fine speciale del suppegno, si può agevolmente osservare, che il creditore suppignorante non intende di alienare la garanzia, e la conserva: cosichè, anche nel caso di prevalenza del concetto di esecuzione reale sta il pericolo or avvisato: e con

---

pignorante s'è interdetto quei poteri; non si pone in relazione con lui, ma gli significa la non capacità del suppignorante a liberarlo dal pegno, e quindi dall'obbligazione garantita. La confusione tra la disposizione della cosa, e quella del diritto di pegno suppignorato, è notevole in una decisione che afferma il diritto del suppegno, non potendo il creditore suppignorante distrarre il pegno se non nei casi permessi dalla legge. App. Catanzaro, 29 genn. 1891 (*Foro Calabr.*, 1891, 1, 191).

(1) V. il cap. II cit.

(2) V. la n. precedente.

(3) V. la n. precedente.

(4) Cfr. tuttavia App. Trani, 15 dic. 1890 (*R. giur. di Tr.*, 1891, 32), che afferma, senza buona ricerca giuridica, l'impossibilità di cedere l'ipoteca senza il credito.

Digitized by Google

questo pericolo sta pur l'altro, che non essendo disgiunti i rapporti di pegno e di credito, il creditore suppignorante esigendo il credito potrebbe dar legittimamente causa all'estinzione del pegno dato in pegno (1); cosa contraddicente al fine dell'istituto. Perciò, senza distinguere tra i due casi descritti, si può affermare che il suppegno induce sempre il pegno del rapporto di pegno, considerato come figura prevalente all'altro del credito, ma in modo da non esserne disgiunto, perchè sebbene il credito non entri direttamente nel rapporto, l'esercizio ne riman paralizzato (2). Altrimenti, il rapporto costituito sul semplice pegno non avrebbe scopo nè s'intenderebbe con esattezza il concetto del pegno come rapporto indipendente (3): cosicchè, il suppegno è *nuova alienazione* di quella *alienazione di valore contenuta nel pegno:* e siccome questo valore è quello pur dedotto nel credito garantito, considerato qual termine principale paralizza di necessità l'esercizio del rapporto di obbligazione. S'intende perciò, che il suppegno *non può mutare l'entità del pegno* (alienazione di valore) *secondo è in origine* (4).

239. Il concorso intimo nel *suppegno* dei due elementi, *diritto reale di pegno*, e, soltanto per via riflessa, *diritto di credito*, si rivela nella *forma* necessaria per costituirlo. Perchè indirettamente, ma necessariamente, vi entra il credito, e d'altra parte vi è dedotto direttamente il *rapporto reale* di pegno, la *cessione*, modo generale di trasferimento delle cose incorporali, domina nella forma del suppegno: s'intende, non la cessione ordinaria, sibbene quella ch'è fatta a fin di sicurtà, il quale scopo è termine inerente ad essa. Occorre perciò l'osservanza esatta dell'ordinamento posto dalla legge per la virtù della cessione rispetto a chi è ceduto, e rispetto ai terzi: e l'atto dev'essere recato a notizia del primo debitore pi-

---

(1) Così, argomentando dai principî fondamentali proposti, si viene alla conseguenza su cui costruiscono WINDSCHEID ed EXNER: v. la n. 3 a p. 494.

(2) Il creditore suppignoratizio può agire rispetto al credito garantito dal pegno suppignorato, non perchè abbia diretto potere su di esso, ma per il diritto che ha sul *pegno*, sottratto alla libera disponibilità del suppignorante. Onde vien di necessità, sebbene in modo riflesso, l'azione sul credito; e con questa costruzione è meglio dichiarato e rafforzato il concetto posto rispetto alla *prevalenza* del rapporto reale di pegno. V. la n. precedente.

(3) Su questo concetto v. la n. precedente, e v. il cap. II.

(4) Conseguenza questa del modo d'intendere la natura giuridica del suppegno.

Digitized by Google

gnorante, o del primo debitore, e del terzo che originariamente costituì il pegno per lui: ed a tutti gli altri creditori suppignoratizî intermedi che sono in pari tempo debitori suppignoranti, perchè la costituzione del nuovo suppegno, paralizza l'esazione di quel credito per il quale è stato costituito.

Costruita così l'entità della *cessione*, è certo che per l'esistenza del suppegno non sono più necessarie le formalità occorrenti per la nascita del pegno: l'elemento della sicurtà entra già nella cessione, e le dà figura speciale, distinta. Quindi, il creditore suppignoratizio non è in dovere di dar pubblicità alla cessione ipotecaria a fin di garanzia (1), nè di esigere la consegna della cosa mobile corporale data originariamente in pegno; purchè la garanzia reale sia stata ben costituita in origine, il suppegno successivo si compie con la cessione speciale descritta, e la pubblicità da osservare per garanzia dei terzi si riferisce a questo atto, non al *diritto reale* (2). Ma, se il creditore suppignoratizio non ha tal dovere, ha tuttavia *facoltà* di attuare la formalità onde vien resa pubblica la garanzia reale; e quindi può far *annotare* la cessione seguita (3), o farsi consegnare la cosa ch'è oggetto del pegno, e però del suppegno.

E come nella forma, così negli *effetti* si rivela quella unione di elementi ond'è caratterizzato il suppegno. Il creditore suppignoratizio il quale abbia osservato le formalità occorrenti per la validità della cessione rispetto al debitore, al terzo costituente il pegno, ai debitori intermedi, ed ai terzi intermedi i quali abbiano costituito altro suppegno, ha l'azione per far vendere la cosa dedotta nel rapporto di pegno sul quale è costituito il suo suppegno; nè il pagamento fatto al suo debitore suppignorante, creditore pignoratizio, od anche suppignoratizio se vi fossero altri suppegni intermedi, ha virtù rimpetto a lui, e quindi il pegno ed il suppegno non cessano di esistere. Il debitore, od il terzo i quali originariamente hanno

(1) Cod. civ., a. 2011; l'esecuzione della forma necessaria per la pubblicità del rapporto, è atto lasciato in facoltà del creditore suppignoratizio. S'intende che la voce *pegno* è adottata qui, non nel suo significato speciale, ma in quello amplissimo di sicurtà reale. Cfr. tuttavia la n. 4 a pag. 489.

(2) La risoluzione è dedotta dai principî: e argomentando per analogia dalla disposizione ricordata per l'ipoteca (art. cit. nella n. precedente), considerando la relazione tra le due formalità relative ad ognuna delle due specie di garanzia reale.

(3) Cod. civ., art. 2011 cit. V. la nota precedente.

Digitized by Google

costituito il pegno; il terzo il quale nell'intervallo avesse costituito un suppegno, e quindi il debitore od il terzo i quali avessero costituito il pegno cui si riferisce questo primo suppegno, sanno che l'onere sulla cosa data in sicurtà non è tolto, se non estinguendo presso l'ultimo creditore suppignoratizio quell'obbligazione per cui la sicurtà è stata primamente conceduta. Perchè l'estensione di questo pegno originario non cambia per i suppegni avvenuti in seguito: esso mantiene inalterata la sua figura e la sua estensione, rispetto all' alienazion di valore che vi è contenuta. E se oggetto dell'obbligazione garantita dalla sicurtà data in suppegno fosse una cosa, su questa si concentrerà la garanzia: che se poi la cosa fosse immobile (ipotecabile), il creditore avrà senz'altro diritto di procedere nel momento della consegna all'iscrizione dell'ipoteca (1).

Ma, come avviene nel pegno del credito, il creditore suppignoratizio ha diritto di esigere il credito cui si riferisce il suppegno? Qui sta la differenza avvertita tra i due istituti (2); il *pegno* solo è dedotto principalmente, direttamente nel rapporto, sebbene il credito cui si riferisce il pegno suppignorato ne risenta mediatamente gli effetti. Il debitore suppignorante non potrà esigere, è vero; ma neppure lo può il creditore suppignoratizio, al quale compete soltanto l'azione sulla cosa. Il debitore, oppure il terzo cui interessi di liberarla, potrà pagare al creditore suppignoratizio *quel valore per il quale il pegno è stato costituito*, e quindi il credito che in origine ne era garantito, od il valor minore originariamente dedotto nella sicurtà; il creditore suppignoratizio non può dunque rifiutarsi dall'accettare il pagamento col quale vien soddisfatto il suo diritto, ma non ha diritto di agire con l'azione personale (3).

---

(1) Le affermazioni esposte sono conseguenze logiche del principio fondamentale qui accolto; il creditore suppignoratizio esercita, per il suo diritto, il potere spettante sulla cosa dedotta nel suppegno al creditore suppignorante; e come questo aveva diritto di pegno sulla cosa data in pagamento, e poteva in conseguenza inscrivervi l'ipoteca, secondo la natura di essa, eguale facoltà spetterà al creditore suppignoratizio.

(2) V. il n. precedente t. e nota.

(3) Conseguenza dedotta di necessità dalla ragion del rapporto costituito direttamente rispetto al *pegno*. Ma, appunto per ciò, se il creditore suppignoratizio non ha diritto di esigere, ha pur diritto di premunirsi affinchè l'azione del creditore suppignorante rimanga paralizzata rispetto al credito garantito dal pegno suppignorato; e quindi, di avvertire coi mezzi di legge il debitore originario, che il

Digitized by Google

240. Una figura speciale del pegno su cosa corporale, è il pegno sulla moneta: e perchè a lato della moneta vera, gli ordinamenti finanziari ed economici degli Stati riconoscono come surrogata ad essa negli scambi, la moneta *fiduciaria* ch'è titolo di credito verso l'istituto o lo Stato emittenti; e vi hanno poi altri titoli, i quali senza costituire surrogati veri alla moneta, si trasmettono facilmente di mano in mano secondo avviene per la moneta od altra cosa mobile corporale, e contengono un valore che a volte ha effetto di vero surrogato alla moneta: così, la indagine sul pegno della moneta si collega, per tale ampiezza, al pegno del credito. Onde la distinzione tra il pegno della moneta vera, o metallica; il pegno dei surrogati legali di questa moneta; il pegno di altri titoli al portatore, contenenti azioni od obbligazioni di un istituto di credito, o dello stesso Stato.

Il pegno della moneta vera, considerata la natura dell'oggetto, non ha figura di pegno *speciale* proprio, se la moneta stessa vien considerata come oggetto del rapporto; la moneta, per l'estrema fungibilità sua, si confonde senz'altro nel patrimonio del creditore pignoratizio, e quindi non è possibile coesistano separatamente la proprietà del pignorante ed il pegno sull' identica moneta pignorata. L'identità materiale delle singole monete date in pegno non può essere mantenuta: e sebbene, avvenendo la restituzione, il debitore pignorante non abbia danno dal ricevere altre monete di un valore eguale a quelle pignorate, pure è facile avvertire l'irregolarità ond'è segnalata questa figura speciale di pegno, quando si tenga il concetto su descritto. Perchè il debitore dà con l' intendimento di mantener la proprietà della cosa pignorata, e con eguale animo il creditore la riceve: ora, la confusione avvertita fa sì che di quelle monete specialmente, materialmente consegnategli, il creditore possa disporre, e sostituirle, nella restituzione, con altre di egual valore. Si ha quindi un pegno *irregolare* se il rapporto è considerato direttamente rispetto alla *moneta;* ma si osservi, che appunto per la confusione avvertita dipendente dall'entità stessa della cosa, il diritto del pignorante sparisce per concretarsi in uno

---

pagamento fatto al suo creditore non libera la cosa dall'onere di sicurtà reale. Onde apparirebbe non compiuta la costruzione proposta da WINDSCHEID, op. cit., § 239 cit., t. e n. in f.

Digitized by Google

speciale diritto di credito contro il creditore pignoratizio (1). L'irregolarità osservata, può essere *tolta* o *diminuita*, secondo la restrizione posta alla *fungibilità*, e derivante dalla *natura delle*

---

(1) L'irregolarità del pegno nella figura speciale descritta nel testo, sta finchè lo si consideri rispetto alla *cosa* che vi è stata dedotta; ma l'irregolarità cessa, non appena si avverta che per la natura medesima ch'esso ha non è possibile considerarlo così se non in un momento della sua costituzione, avvenendone subito la sua trasformazione, senza la quale la costituzione definitiva non può avvenire. È forse irregolare la costituzione della dote, perchè questa è data in moneta o pure in cose mobili stimate senza riserva di proprietà (Cod. civ., a. 1401?) La *cosa* è considerata nella natura sua speciale, quando è dedotta nel rapporto, ma nel costituirlo avviene una specie di urto tra quella natura e l'entità di esso: e questa supera, perchè la *volontà* delle parti è di dargli vita. Onde, quella natura vi si deve atteggiare necessariamente; cosicchè non essendo possibile accordare la volontà ed i diritti delle parti secondo il rapporto di pegno alla natura della moneta, si tien conto del nuovo rapporto che per essa ha luogo, non come volontà nata separatamente, ma insito nel rapporto stesso di garanzia, che per esistere come tale, lo ha indotto di necessità. Il debitore pignorante che non può conservare il diritto reale sulle monete contate al creditore, le quali si confondono nel patrimonio di quest'ultimo, diventa creditore del *valore* di esse; ed il pegno si converte necessariamente *nel pegno di credito*, il valor del quale (e qui si conserva l'influenza del pegno della specie dedotta), secondo la volontà delle parti, non è il valore del credito per sè, ma il valore del credito secondo il valore speciale della moneta al tempo della costituzione del rapporto. In questo senso è detto nel testo, che il pegno della moneta è uno *speciale pegno di credito* (Cfr. PFAFF, op. cit., p. 410 e segg.).

Ma quale interesse potrà avere questa figura tra le parti? I due crediti non si compenserebbero interamente, o fino alla concorrenza del valore rispettivo? La difficoltà non è grave. Perchè la compensazione stessa non è possibile, quando il credito per il quale è data la sicurtà è soltanto condizionale, come avviene nei *depositi* a titolo di cauzione che si fanno da assuntori di un'opera o di un officio *per il caso* che nell'adempimento non si avveri una ragion di credito da parte del committente o di terzi, nel cui interesse il committente provvede per la ragione del suo officio e della legge (Cod. civ., a. 1287). O la compensazione è possibile: come avviene, se al creditore vien data sicurtà dandogli moneta di oro contro il prestito di moneta cartacea, o di argento: e allora s'intende esclusa per la volontà delle parti, dedotta dalla costituzione stessa del pegno (Cod. civ., a. 1289, 4°). La *compensazione* potrà avvenire nel caso d'inadempimento, non in modo formale, per effetto cioè del suo intervento proprio nella specie: ma in fatto, se il creditore pignoratizio *esige* da sè e presso di se medesimo il credito dedotto in pegno, calcolandone l'ammontare del valore (aggio) rispetto al credito garantito, e restituendo il di più al debitore. Se la *compensazione* propria intervenisse, tale differenza di valore non si dovrebbe calcolare, dovendosi badare senz'altro al valor legale: ma si procede qui in virtù del pegno. Cons. e cfr. KRETSCHMAR, *Secum pensare* (Giess., 1886), p. 110 e seguenti.

Per via di considerazioni fatte sulla natura della moneta, parve ad alcuni (WIND-

Digitized by Google

monete, o dalla *volontà* delle parti: la prima causa s'avvera per le monete antiche o moderne prive di corso legale, perchè qui moneta è voce che qualifica una data cosa, e non esprime una data quantità di valore monetato secondo i pubblici ordinamenti; la seconda avviene, quando una quantità di monete sia consegnata in cofanetto od involto chiuso e suggellato, venendone così mantenuta ed assicurata l'identità. La fungibilità è *ristretta*, quando sia convenuta la necessità di restituire monete dello stesso metallo, oppure dello stesso tipo e del medesimo conio; la legge a fin di assicurare la circolazione, potrebbe limitare la validità di tal patto, ma occorre sia la nullità sancita espressamente.

La moneta fiduciaria (cartacea) è titolo al portatore, emesso dallo Stato, o da istituti di credito che ne abbiano ottenuta l'autorizzazione per legge; batter moneta od emettere titoli in surrogazione di essa, è funzione dello Stato. Il valore è qui nominale: il titolo contiene non il valore intrinseco secondo avviene nella moneta vera, in cui il possessore ha un valore reale, rispondente a quello designato nel conio: contiene il *credito* verso l'istituto emittente, il quale dichiara di dare al portatore che ne lo richiegga una quantità di moneta vera rispondente a quella indicata nel titolo. Qui s'ha dunque per un verso, diritto di credito equivalente a moneta, e per l'altro, a causa della surrogazione legale si ha che il pegno su di una somma composta di questi titoli è pegno vero di

---

SCHEID, op. cit., § 226; LEIST G. A. *D. Sicherung v. Forderung., d. Ubereign., v. Mobilien* (Jena, 1889), p. 43 e segg.), che qui il pegno cangi addirittura di entità, e s'abbia il trapasso nel creditore della proprietà dell'oggetto pignorato; col diritto del debitore pignorante a chiederne la restituzione, avvenuto l'adempimento dell'obbligazione assicurata. Ma la costruzione resiste al tutto al concetto del pegno; la natura della cosa non modifica l'entità del rapporto, ma vien modificata essa in modo da atteggiarla senza sforzo o danno delle parti ai termini dell'istituto. Tanto più è vero ciò, in quanto si pensi che tal costruzione a nulla ripara; per la natura della cosa, il creditore ne diventa proprietario, e il debitore pignorante, stante la confusione avvenuta, non potrà ridomandarla come tale, ma in virtù del *credito*.

Nè osta a tale considerazione la possibilità di riaverla come tale; ciò non dipende dalla posizione dei principî, sibbene da circostanze di fatto; p. es., se il creditore avesse collocato le monete in un dato luogo, e fossero ancora intatte al momento in cui il creditore ne chiede la restituzione. (Cfr. WINDSCHEID, l. cit.).

A questo argomento verrà rannodata la trattazione dei privilegi sulla malleveria data da pubblici ufficiali. (Cod. civ., a. 1958, 10°, 11°).

Digitized by Google

moneta: e sebbene per tale suo carattere il biglietto fiduciario sia cosa fungibile, per il modo di creazione, la fungibilità può essere ristretta, bastando d'indicare nella costituzion del pegno, il taglio, la serie ed il numero di ognuno dei biglietti; e può essere ristretta meno, indicando soltanto la data della creazione e la serie.

Invece, il pegno delle azioni od obbligazioni emesse dallo Stato o da altri istituti di credito o di commercio, è veramente pegno di un credito, il quale esiste sotto la forma del titolo al portatore: cosicchè, la forma della cessione vale pur qui, e perchè avviene dei titoli al portatore come delle cose mobili corporali, la cessione, sebbene a fin di pegno, dev'essere fatta con la consegna del titolo o con le forme stabilite all'uopo da leggi speciali. Fra questi titoli, hanno importanza speciale le rendite sullo Stato, le quali son quasi pareggiate alle cose immobili, per la idoneità che hanno di essere oggetto d'*ipoteca* (1); la sicurezza che offrono per la qualità stessa del debitore, è tale da non potersi avere la maggiore, ed il carattere di esse dà con la perpetuità un attributo di stabilità al rapporto: cosicchè, rimanendo il capitale come immobilizzato, s'è voluto unire alla sicurezza dell'impiego la possibilità di disporre di esso in quella varietà di guise ordinate per il capitale immobiliare; e s'è avvantaggiato così il credito dello Stato, verso il quale i requisiti della sicurezza e comodità dell'impiego richiamano gran parte dei capitali disponibili. Non è qui il luogo di discorrere cosa rappresenti nella forza economica di un paese l'affluenza dei capitali alle casse dello Stato: basti di affermare, che le condizioni descritte dànno modo allo Stato di ricorrere utilmente al mezzo straordinario del credito.

Questi titoli di credito, in vece di essere al portatore possono essere nominativi: in tal caso, s'applicano per la costituzione del pegno le norme occorrenti per il pegno di un credito. Talvolta al titolo principale è unito un altro che ne rappresenta il *prodotto* (interesse), come s'avverte nei titoli fruttiferi; e che per certi effetti (p. es. pagamenti alle casse dello Stato) è equiparato alla vera moneta (2). Indipendentemente da questa funzione speciale, il pro-

---

(1) Cod. civ., a. 1967, 4°.

(2) E s'applicano qui le norme pei frutti di credito fruttifero dato in pegno (Cod. civ., a. 1886).

Digitized by Google

dotto del titolo può essere oggetto di pegno nel modo dei biglietti fiduciari, se è rappresentato da un *titolo* separabile al portatore.

241. Il concetto fondamentale dell'alienazione di valore, ond' è mossa la presente indagine sul pegno, tocca la maggiore evidenza nello studio degli effetti che rispetto al pegno costituito, derivano dalla *modificazione* della cosa onerata; e *modificazione* è qui termine generale, con cui si suole indicare ogni mutazione avvenuta nella sostanza o nella forma della cosa, od in entrambe, e per qualunque causa.

A tutt' a prima, data in pegno una cosa determinata, speciale, parrebbe che rispetto a questo rapporto di sicurtà, si debba sempre considerarla secondo lo stato in cui era nel tempo della costituzion dell'onere: ma la relazione così stretta verso la configurazione materiale della cosa, non risponde all'entità del rapporto. Il quale, determinando una sottrazione condizionale di valore, non modifica per questa parte il diritto del costituente il pegno, potendo e dovendo coesistere con esso (1); e per l'entità descritta lo segue col seguir la cosa nelle sue varie vicende, quando siano tali da non estinguerlo. Cosicchè, a fin di misurare l'effetto delle modificazioni avvenute rispetto alla cosa onerata, si debbono tenere questi due criterî: l'alienazion del valore, ed il riferirsi di questo atto al diritto (2) il cui valor totale n'è rimasto in conseguenza diminuito, e quindi alla *cosa*, sulla quale esso si esplica. La relazione tra questi due termini non può subire mutamento dalla modificazione seguìta rispetto alla cosa, se con ciò il diritto rimane, e riman lo stesso; che la cosa si estenda, e perciò il diritto pur tenendosi immutato cada su di un oggetto più esteso, nulla importa rispetto al pegno: il valore alienato non cangia di quantità per la cangiata estensione della cosa, e se l'onere l'abbraccia tutta, ciò non avviene per alterazione seguìta nell'entità di esso, sibbene perchè segue il diritto, e quindi

(1) V. il cap. II sull'entità del pegno; è onere reale, nè può in alcun modo supporsi un passaggio di proprietà a fin di pegno, senza contraddire allo sviluppo storico e logico del rapporto. Cfr. tuttavia rispetto al pegno di cose mobili, LEIST, mon. cit.; e specialmente sul pegno della moneta, v. i nn. precedenti.

(2) Perchè, se non la struttura giuridica, intima, del diritto di chi ha costituito il pegno, ne rimane limitata l'estensione; concetto ampiamente dimostrato. V. nella pag. seg. la n. 2.

Digitized by Google

la cosa. Parimenti, se, non per il fatto del costituente, chè altrimenti il creditore pignoratizio è soccorso dal diritto suo opponibile ai terzi (1), la cosa diminuisce di estensione, il diritto senza cangiar natura si riferisce ad un oggetto più limitato, e l'alienazion di valore lo segue in tale stato, nè perciò diminuisce proporzionatamente di quantità: è onere del diritto (2), e finchè questo rimane nella sua identità giuridica, rimane pur esso immutato. E qui si avverte oltrechè la conferma della nozion teorica esposta sull'entità del pegno, la ragione di alcuni suoi caratteri, e una differenza tra gli oneri reali di godimento, e quelli di garanzia: l'*indivisibilità* del pegno, come della servitù, nasce in questa relazione dell'onere col diritto; e, mentre l'onere reale di godimento, nonostante il rapporto descritto, vien meno col cessare nella cosa onerata la possibilità di quella funzione separata da essa, l'onere reale di garanzia persiste intero fino a che rimanga soltanto una parte minima della cosa. Poichè nella servitù cade una funzione della cosa; mentre nel pegno cade il valore di essa considerato genericamente (3), e limitato, se non vi è patto contrario, dal valore dell'obbligazione garantito.

Con la guida del criterio esposto, per cui si mostra come il rapporto di pegno s'infigga nel diritto, si possono agevolmente risolvere le questioni sugli effetti che rispetto al pegno hanno le mutazioni avvenute nella cosa onerata.

242. Le *mutazioni* avvenute nella cosa, e *nei limiti da cui era originariamente circoscritta come oggetto del diritto del costituente,* diano esse o tolgano valore da quel che aveva, non indu-

(1) Cod. civ., art. 1980, comb. a. 1165, 1176. Argomento che sarà svolto in seguito, e nella parte speciale.

(2) Onere del diritto, ma non astraendo perciò dalla cosa: cfr. BREMER, mon. cit., p. I e segg. Il diritto del costituente rimane *mutato* nel senso che il contenuto è diminuito, ma la diminuzione non è materialmente separata, distinta dall'oggetto intero; il rapporto grava la cosa, e se non modifica l'entità, limita, come s'è detto dianzi, la estensione del diritto rispetto al quale esiste. Questo concetto è pur vero astrattamente anche quando la *realità propria* del rapporto vien meno, per la natura dell'oggetto sul quale cade; ma nei termini in cui è posto si riferisce specialmente al caso, che d'altronde è la regola, in cui il pegno ha la sua figura di rapporto reale. V. la n. seguente.

(3) S'intende, conforme ai principî esposti, il valor della cosa, in quanto la cosa è soggetta al diritto del costituente; ossia, il valore dell'*oggetto* di questo diritto.

Digitized by Google

cono cangiamento nell'entità del pegno: il valore alienato non sopporta variazione alcuna (1). Perciò, costituita ipoteca su di un fondo non coltivato, o adibito ad una coltura speciale, se in seguito venisse coltivato, o ne fosse mutata la coltura precedente, l'aumento di valore che può derivare dal miglioramento non induce modificazione nel pegno: questo continua a gravar la cosa secondo la quantità originaria, nè rileva se per l'accresciuto valore sia aumentata la probabilità di trarne la somma rappresentante il soddisfacimento intero del credito garantito (2). Parimenti, mutata la cosa in modo da esserne deteriorata, per cangiamento di coltura, taglio di boschi, o rovina di edifici, l'ipoteca continua a gravare quel che rimane, foss'anche la sola area: nè si può obbiettare nel caso di distruzione dell'edifizio essere avvenuto un cangiamento totale della cosa onerata, perchè nell'ipoteca di un edifizio il suolo è considerato come parte di esso, e parte essenziale. E se la legge non avesse designato tassativamente le cose sulle quali può validamente costituirsi l'ipoteca (3), questa risoluzione si dovrebbe accogliere anche nell'ipoteca della superficie: distrutto l'edifizio, rimarrebbe soggetto all'onere il diritto sul suolo.

Ma, sebbene il pegno segua l'*oggetto* del diritto del costituente nelle sue modificazioni successive, a ben intendere la regola rispetto ai miglioramenti ed alle deteriorazioni della cosa pignorata, è necessario distinguere secondo che avvengono per il fatto del *terzo pos-*

---

(1) Il pegno segue, nella sua estensione, il valore *in genere* dell'oggetto del diritto (v. la n. precedente); onere sulla cosa, assume perciò figura di onere rispetto al diritto. Quindi, nelle mutazioni che possono occorrere nella cosa, le conseguenze che ne derivano per il diritto del costituente, esista presso di lui o di altri, si riflettono di necessità sul pegno. In questo senso il pegno segue il *diritto del costituente*, e coesiste assieme ad esso; anche quando è necessario liquidar la cosa, non l'estingue, ma ne riduce in valore l'oggetto per via di alienazione.

(2) Cod. civ., a. 1966; Cod. civ. fr., a. 2133; L. pruss. cit., § 30; C. sass., § 411; Cod. civ. sp., a. 1877; Cod. civ. port., a. 821, 2°; Cod. civ. del Chilì, a. 2421; Cod. civ. del Guatem., a. 2291; Cod. civ. dell'Urug., a. 2026; Cod. civ. del Messico, a. 1944, 2° in f.; Cod. civ. del Basso Canadà, a. 2017. Il pegno colpisce l'oggetto del diritto del costituente, e quindi segue la cosa nei diversi modi di essere che può aver in seguito; s'intende dell'*oggetto del diritto*, e quindi del *diritto* onerato, com'è al tempo della costituzione dell'onere, della nascita cioè del rapporto. Rispetto ai miglioramenti, l'applicazione del principio non è dubbia: essi non mutano l'*oggetto* al quale accedono, il *diritto* cui si riferisce l'onere.

(3) Cod. civ., a. 1967.

Digitized by Google

sessore, o di *chi ha costituita l'ipoteca.* Nel primo caso, l'*azione legittima* (1) del terzo possessore dà diritto a questo di separare il valore per lui aumentato; la cosa intera rimane sottoposta alla sicurtà, ma nel conflitto tra il creditore ipotecario ed il terzo, il quale a buon diritto ha migliorata la cosa, è data a quest'ultimo come una ragion di privilegio, per cui può prelevare il valore dei miglioramenti nei termini ordinati dalla legge (2). Altrimenti, il creditore ipotecario, avvantaggiandosi dell' aumento generale di valore dato al fondo, arricchirebbe ingiustamente a danno altrui: il terzo ha migliorato la cosa per sua, e rimpetto a lui il diritto del creditore ipotecario è frenato dagli stessi principî ond'è limitata l'azione del proprietario evincente, avverso del possessore di buona fede (3): ciò non fa dunque, che realmente questo diritto sia limitato al valor della cosa com' era al tempo della costituzione dell'onere, ma è ristretto dal divieto dell'arricchimento illecito, unito alla considerazione della posizion giuridica in cui è il terzo migliorante. La qual considerazione ha dettato la norma sulle conseguenze dei deterioramenti dati dal terzo al fondo ipotecato: egli risponde soltanto dei danni recati per colpa *grave*: da un lato, sta per lui la condizion di proprietario, e perciò il potere di disporre: dall'altro, il diritto del creditore ipotecario concorrente sulla cosa a ragion del valore contenuto in essa, e di questo diritto egli non può ignorare l'esistenza, a causa della pubblicità che gli è data.

Nel secondo caso, i miglioramenti fatti dal proprietario non attribuiscono a lui diritto alcuno di rimborso per via di prelevamento: il terzo possessore ha migliorato la cosa *per sua*, ha speso per aumentare il valore, mentre egli avendola *obbligata* a garanzia, non può pretendere, in conseguenza dei miglioramenti, un diritto separabile dalla proprietà, ed opponibile al creditore ipotecario. Questo contrasto ben s'avvera per il terzo possessore, al quale il

---

(1) Il principio espresso nel testo enuncia chiaramente la costruzione della teoria; il momento della costituzione del rapporto designa i termini dell'*oggetto* (e quindi del diritto), rispetto al quale esiste l'onere reale di garanzia; ma in relazione ai terzi acquirenti, i quali migliorando la cosa ne accrescono il valore, è salvo il diritto di essi a ripetere la parte del valore rispondente all'aumento prodotto. (Cod. civ., a. 2020).

(2) Cod. civ., a. 704-706. E giustamente; perchè il terzo possessore non ha con sè la sola apparenza del diritto, ma l'effettiva esistenza di esso.

(3) Cod. civ., a. 2020.

Digitized by Google

costituente l'ipoteca trasmette la cosa onerata della diminuzion di valore rispondente alla garanzia; tra i due cui spetta il diritto sulla cosa vale la ragion della priorità, e siccome il creditore ipotecario, può, sperimentandola, annientare il diritto di proprietà del terzo possessore, è giusto si tenga conto dello stato della cosa prima e dopo l'acquisto fattone dal terzo, a fin di attribuirgli il rimborso delle migliorie fatte in virtù di un titolo caduto di fronte all'*esercizio* di altro diritto anteriore. Perciò i miglioramenti fatti dal proprietario non dànno diritto a rimborso nei rapporti col creditore ipotecario; invece, dei deterioramenti può rispondere, non soltanto se voluti da lui o avvenuti per sua negligenza, sibbene anche se cagionati dal caso. E questo segue per effetto della *convenzione* di sicurtà, perchè, in considerazione di essa si può tenere siasi il creditore determinato a consentire all'obbligazione: di tal *garanzia* si dirà a suo luogo: qui basti di avvertire, come, a differenza del pegno *vero*, dove la cosa è in possesso del creditore, nell'ipoteca il debitore risponde della perdita o del deterioramento avvenuto per fortuito (1): ed il rigore della legge, giustificabile con la differenza or segnalata, è temperato in ciò che l'avvenimento non produce senz'altro la scadenza dei termini dell'obbligazione (2), ma comincia con l'obbligazione di surrogare altri beni. S'ha una *garanzia* più estesa, aprentesi con effetti più limitati dell'ordinario.

La *volontà* delle parti tra cui avviene la costituzione della sicurtà, può modificare le risoluzioni esposte; come il costituente dando legge al rapporto, può limitare ai suoi successori il diritto di separare il valore delle migliorie, può stipulare a sè quello di separarle anche se fatte da lui. La convenzione nulla avrebbe in sè da doversene dichiarare l'invalidità.

243. Tra le mutazioni del genere descritto, meritano speciale considerazione le *accessioni* avvenute rispetto alla cosa data in sicurtà (3): e come per i miglioramenti, è qui necessario distinguere se-

---

(1) Cod. civ., a. 1980.

(2) Cod. civ., a. 1176.

(3) Il principio dal quale si fanno derivare le risoluzioni esposte, è dedotto dalle considerazioni tenute sull'oggetto del pegno. La *cosa* è onerata per sè, ma in qualità di *oggetto* del diritto del costituente il pegno, perchè il pignorante esercitando il poter suo sulla cosa ne ha limitata l'estensione, e questa limitazione si riflette ne-

Digitized by Google

condo son fatte dal costituente il pegno, o pure da un terzo. La regola non muta: la garanzia segue il diritto rispetto al quale è stata costituita, e dura finchè questo sussiste nella sua figura giuridica, senza tener conto delle trasmissioni che ne sian fatte. Ciò posto, l'accessione, avvenga essa per fatto di un terzo, o pure (adoperando qui la parola *accessione* nel suo significato generico) per via di *immobilizzazione* costituita da chi è proprietario dell'immobile ed insieme della cosa mobile immobilizzata per destinazione, fa sì che l'oggetto del diritto di proprietà s'estende, ed il pegno lo segue in questa estensione. Il diritto non è cangiato, malgrado la mutazione avvenuta, rispetto alla cosa, perchè la modificazione è materiale; la cosa giuridicamente è rimasta la stessa, e della qualità sua ha pur vestito l'altra che vi si è fatta accedere; onde l'onere sulla cosa comprende di necessità gli accessorî, che unendovisi hanno perduta la propria determinatezza giuridica (1).

Governata la materia secondo i principî esposti, non è dubbio il diritto prevalente del terzo il quale abbia edificato o piantato sul suolo altrui onerato dalla sicurtà reale, di ottenere il corrispettivo cui la legge gli dà diritto (2): egli ha col fatto suo aumentato il valor della cosa da quel che era, ed il creditore il quale facesse suo prò dell'aumento senza tener conto della indennità dovuta al terzo, arricchirebbe a danno altrui, perchè nonostante il debito di essa sia a carico del proprietario, il valore aumentato è nella cosa, e di ciò ben s'avvantaggia il creditore ipotecario. Il ragionamento va

---

cessariamente sull'*oggetto* del suo rapporto. Ciò posto, dalla sola modificazione *materiale* della cosa, non si possono indurre conseguenze rispetto all'entità del pegno: è necessario di esaminare se tali modificazioni colpiscano l'*oggetto* del diritto secondo quel che era nel tempo della costituzione dell'onere. Finchè l'*oggetto* non muta, e con ciò non è alterato il *diritto del pignorante*, non cangia il pegno. Cons. Cass. Roma, 1° apr. 1892 (*Corte s. Roma*, 1892, II, 87); Cass. Napoli, 30 mag. 1892 (*Foro it.*, 1892, 1, 1008); App. Roma, 29 marzo 1890 (*Temi rom.*, 1890, 42); App. Aix, 20 marzo 1885 (*J. du Pal.*, 1889, 1, 113).

(1) V. App. Torino, 1 febbr. 1889 (*Foro it.*, 1889, 1, 598); Cass. fr., 2 ag. 1886 (*J. du Pal.*, 1886, 1, 537); 12 nov. 1890 (*J. du Pal.*, 1891, 1, 159); App. Douai, 16 dic. 1886 (*J. du Pal.* 1889, 1, 687). E sulla questione già esaminata della rivendicazione di cosa mobile a favor del venditore impagato, e sull'entità giuridica dei contratti di locazione di macchine, col patto che dopo il pagamento di tante rate equivalenti al prezzo, il locatario sia proprietario: v. App. Algeri, 18 febbr. 1889 (*J. du Pal.*, 1889, 1, 598); App. Lyon, 10 ag. 1889 (*J. du Pal.*, 1890, 1, 595).

(2) Cod. civ., a. 450.

Digitized by Google

spedito, se il terzo è di buona fede; v'è motivo di dubitare se egli fosse di mala fede. Da un lato sta il fatto dell'accessione, e quindi dell'aumento seguìto rispetto alla cosa onde parrebbe fissato il diritto del creditore ipotecario a trarre profitto dell'unione avvenuta; dall'altro, sta la condizione giuridica del proprietario, il quale ha facoltà di scegliere tra l'obbligare il terzo a levare i materiali restituendo la cosa *in pristinum*, e il tener l'accessione avvenuta, obbligandosi al pagamento dell'indennità com'è regolata nella legge (1). Se le due posizioni si considerano disgiuntamente si verrebbe a questo: il creditore avrebbe un diritto proprio, e profitterebbe di qualunque accessione seguita rispetto alla cosa onerata: il proprietario avrebbe pur esso un diritto proprio, e potrebbe togliere senza ingiuria la modificazione caduta già nel rapporto di sicurtà reale. E per uscire dal conflitto, se si dicesse non potere il proprietario impedire quel profitto al creditore ipotecario per aver egli obbligata la cosa, gli si imporrebbe di rinunciare a quella scelta che gli è data dalla legge per fissare l'avvenimento dell'accessione; e riconoscendogli il potere di farlo, parrebbe di recare ingiuria al diritto *reale* del creditore, esplicantesi sulla cosa, e perciò su quanto vi abbia acceduto. La qual risoluzione condurrebbe a dire, che il creditore ipotecario può costringere il proprietario del suolo ad obbligarsi a tener l'accessione, e rendersi debitore verso del terzo in uno dei modi ordinati nella legge: e questo eccede dai diritti contenuti nella sicurtà reale; il creditore si vantaggia dell'accessione, ma se a fissarne gli effetti è mestieri di avvertire alla volontà del proprietario, egli non può imporre restrizioni esageranti dall'onere e dall'obbligazione personale del costituente il pegno. Questa ragion di dubitare, dà i termini per costrurre giuridicamente la teoria: l'accessione estende la cosa e con essa il diritto di proprietà (2), onde,

---

(1) Cod. civ., art. cit.

(2) Ma avviene ciò per la sola azione del diritto di proprietà, od anche per il concorrente volere del *dominus soli?* La distinzione tra le cause di *accrescimento* del fondo, non ha, almeno rispetto al diritto odierno, valore alcuno, ed il pegno comprende quanto si unisca *(non in modo puramente transitorio*, L. 32 D. *de pign.*, XX, 1) al fondo onerato (Cod. civ., a. 1966 cit.). Vero è, che l'elemento avvertito della *volontà* occorre nell' accessione operata per fatto di un terzo sul suolo altrui (Cod. civ., a. 450 cit.): ma occorre, non come elemento necessario a costituirla, sibbene a mantenerne gli effetti, a causa del conflitto tra il *fatto* pro-

Digitized by Google

per la determinazione dei suoi effetti, sorgono rapporti tra il terzo che vi ha dato causa ed il proprietario del suolo: il pegno segue il diritto di proprietà, e quindi, perchè questo non muta nonostante lo spiegarsi di quei rapporti, lo segue quando si svolgano senza alterarne la indipendenza. S'intende dell'indipendenza nel regolamento dei rapporti riferentisi all'accessione; i quali esistono direttamente col proprietario della cosa principale, per l'estensione che ne deriva: il pegno profitta dell'aumento, non per via diretta, ma per essere già avvenuto rispetto alla proprietà (1).

Diversa ricerca è vedere, se, caso il proprietario del suolo onerato non eserciti quel diritto di scelta ora descritto, possa esercitarlo, derivandolo da lui, il creditore ipotecario (2); e la ragion di dubitare sta nel fatto dell'*obbligazione*, che per tale esercizio, può essere *imposta* al proprietario del suolo. A conoscer bene di tal dubbio, basta si pensi non esser qui l'obbligazione se non un vincolo derivante per virtù di legge dal fatto del miglioramento dato al fondo, causa il divieto dell'illecito arricchimento: la scelta si riferisce dunque direttamente al tenere l'accessione avvenuta, oppure, al far prevalere senz'altro il diritto di proprietà contro chi senz' aver diritto sul suolo vi ha fatto opere. L'esercizio di questo diritto è dunque al tutto patrimoniale: e nell'obbligazione fondata sopra la *versio in rem* eseguibile mediante deduzione dal valore del fondo, non entra in modo diretto la volontà del *dominus soli*, derivando essa dalla legge, per inerenza al fatto stesso dell'accessione (3). Queste

---

dotto dal terzo ed il diritto del proprietario, al quale, nolente, s'imporrebbe altrimenti un'obbligazione derivante da mutazioni non volute. V. Chironi, in *Riv. ital. p. le sc. giur.*, a. 1890, 1891, f. t., p. 2ª, § 1.

(1) I due diritti, di proprietà e di pegno, sebbene questo sia onere rispetto all'oggetto di quello, sono indipendenti nella propria entità; il proprietario può validare o no l'accessione seguìta per fatto del terzo di mala fede, ed il creditore pignoratizio non può limitarne i poteri. Altro è, se l'accessione operasse senz'altro l'accrescimento dell'oggetto: il diritto del creditore se ne avvantaggia, nè il proprietario può lederlo col fatto suo.

(2) Cod. civ., a. 1234.

(3) Quand'anche non si volesse accogliere la costruzione esposta, i risultati non cangiano. S'è già osservato, che sebbene gli spetti un diritto reale sulla cosa, il creditore pignoratizio non ha potere di regolare le conseguenze dell'accessione; quindi, non potendo egli avvantaggiarsi dei miglioramenti in danno altrui, il terzo avrà diritto di separare dal valor del fondo l'indennità dovutagli, libera rispetto a questa la scelta del creditore nei termini in cui è posta per il proprietario.

Digitized by Google

risoluzioni dichiarano pure la posizion giuridica delle parti, quando oggetto della sicurtà fosse l'usufrutto: il diritto dell'usufruttuario segue come onere reale lo svolgimento del diritto di proprietà, e il pegno segue l'usufrutto. Cosicchè la ricerca condurrebbe ai risultati ottenuti.

244. Gli effetti dell'accessione rispetto ai mobili (pegno *propriamente detto*), son dichiarati dai principî esposti, modificati dalle norme speciali di entrambi istituti, l'accessione ed il *pegno*. Perchè nella figura speciale del pegno occorre la consegna della cosa al creditore pignoratizio, ed esiste l'obbligazione sua di renderla come la ebbe al debitore pignorante, quando per il soddisfacimento dell'obbligazione la garanzia non abbia altra ragion di essere: ed avvisando a ciò si possono anzitutto porre due casi di accessione, secondo che avviene per opera del creditore, o pur del debitore se la cosa fosse presso di lui a titolo di precario (1). In conseguenza della convenzion di pegno, e dell'altra onde procede la detenzione del debitore, dev'essere restituita dal creditore la stessa cosa avuta in sicurtà, e dal debitore la stessa cosa avuta in precario, cosicchè, se è possibile farlo, è necessario di ridurre la cosa nel pristino stato, togliendone le aggiunte fattevi; anche nell'ordinamento dato dalla legge alla materia dell'accessione è da principio ordinata la separazione possibile (2). Se la possibilità mancasse, è mestieri distinguere; ma s'avverta

---

Perchè tale scelta non deriva da condizione soggettiva del proprietario, ma dalla *mala fede* del terzo.

(1) Ma è possibile lasciar la cosa a titolo di precario presso il costituente, senza che la validità della costituzione del pegno pericoli? Non pare che affermando si vada in errore. Cfr. Cass. Roma, 3 febbr. 1890 (*Legge*, 1890, 1, 542); Cass. fr., 25 nov. 1891 (*J. du P.*, 1893, 1, 465); A. Douai, 26 genn. 1893 (*J. du P.*, 1893, 2, 233), e Lyon-Caen in n. La questione sarà svolta nella teoria del *pegno speciale*.

(2) Cod. civ., a. 464. Le decisioni proposte nel testo hanno dato causa a gravissimo dissenso tra gli scrittori; perchè da un lato s'è affermato che le disposizioni ordinate dalla legge rispetto alla proprietà in conseguenza di accessione o di specificazione, non si dovessero richiamare in materia di pegno, il quale ha natura ed elementi proprî, a modo che la conservazione della proprietà, malgrado la trasformazione della cosa, non debba indurre la conservazione del pegno (Cons. specialmente Mourlon, in *Marcadé, R. de Législ.*, 1854, p. 79 e segg.). Dall'altro (v. specialm., Troplong, op. cit., I, 109 e segg.) s'argomenta da queste disposizioni, ma adattandole all'entità del pegno, specialmente per quel che si riferisce alla trasformazione della cosa.

Qui s'è argomentato invece dai concetti posti a fondamento della teoria; ed il

Digitized by Google

che dicendo di *accessione*, anche se effettuata dal proprietario su due cose appartenenti a lui (chè mantiene pure tal qualità per la cosa pignorata), si tengono separati, e come in conflitto, il diritto del proprietario e quello del creditore pignoratizio. Se l'aggiunzione è fatta dal proprietario della cosa pignorata, il quale l'avesse presso di sè in precario, o la cosa stessa ha qualità principale, e allora su di essa insiste l'onere con l'aggiunzione avvenuta, perchè l'oggetto della proprietà e però del pegno non è giuridicamente mutato; o inerisce giuridicamente all'altra, e la proprietà su di essa è estinta, nè il prodotto dell'accessione cade nel pegno, per essere cosa diversa da quella onerata: ha quindi effetto, se le parti non s'accordano altrimenti, la garanzia data al creditore della scadenza anticipata del termine (1), e si ha pur facoltà di chiedere le misure conservative che fossero necessarie. Se poi l'accessione (e qui sarebbe accessione vera per la proprietà distinta delle due cose) (2), è seguita per il fatto del creditore pignoratizio, o la cosa avuta in pegno è principale, e si deve renderla così com'è dopo l'accessione, per le ragioni di già esposte, riservato a lui il diritto d'indennità (3), ed al proprietario il diritto di scelta ordinato dalla legge (4); o cede per accessione ad altra principale, e quando sia perciò estinto il pegno il debitore pignorante ha diritto di chiederne il valore, e di avere

---

rapporto tra la proprietà ed il pegno s'è dedotto dal considerare questo come men di quella, talchè se il *diritto* rimane identico malgrado la mutazione materiale dell'oggetto, rimarrà pure immodificato il rapporto di pegno. Che rileva se il pegno non cade più su quel *dato oggetto* qual era nel tempo in cui è stato costituito? L'oggetto pignorato è quello ch'era pur oggetto del diritto per l'esercizio del quale il pegno è nato; ora, se per l'identità dell'oggetto rimane identico questo diritto, non si capisce come debba venir meno un rapporto costituito mediante l'esercizio diretto di esso. Se questo diritto onde il pegno ha fondamento s'estingue al tutto, o cangia natura, come avverrebbe se per l'accessione il diritto di proprietà è sostituito da un rapporto di credito, il pegno s'estingue; ma finchè rimane giuridicamente invariato, tale avverrà anche del pegno.

(1) Cod. civ., a. 1176.

(2) Perchè nei casi precedenti il diritto reale di pegno è in contraddizione col diritto di proprietà, indipendenti come sono l'uno rispetto all'altro; ma il pegno non dà proprietà sull'oggetto onerato.

(3) Cod. civ., a. 464.

(4) Cod. civ., art. 474: s'intende che se la scelta cadesse sul valore, od altrettanta materia, il pegno s'estingue, salva nel primo caso la possibilità di compensarle.

Digitized by Google

risarcimento del danno patito (1), invocando, dove è possibile, la compensazione. Qualora poi l'accessione fosse operata da un terzo che avesse ottenuto la cosa pignorata in precario, se questa tien qualità di principale la proprietà non s'è estinta, e con essa rimane il diritto di pegno: e siccome il proprietario potrebbe a sua scelta domandare invece della cosa la restituzione di altrettanta materia della stessa qualità o pure il valore della medesima (2), dove ottenesse l'una o l'altra di queste cose, a sua domanda, il diritto di pegno ne ha modificazione, e si estingue, perchè l'oggetto del rapporto del pignorante è mutato. Se poi la cosa pignorata fosse accessoria, o la proprietà s'estingue, e con essa il pegno: o pur no, se la separazione è chiesta (3); nè il creditore pignoratizio può eccepire il fatto del terzo cui egli sia al tutto estraneo, essendo il terzo suo rappresentante. Diversamente avverrebbe, se il terzo non avesse avuto la cosa dal creditore: l'azione del debitore pignorante entrerebbe nel patrimonio surrogandovi la cosa onerata, e l'onere si trasferirebbe sul credito del risarcimento (4).

L'ordine della ricerca, concede di tener qui parola della specificazione, sebbene vi si contenga la trasformazione totale della cosa pignorata. Se è avvenuta per volontà del proprietario, non toglie che il pegno possa sussistere (5), perchè la specificazione non estingue il diritto di chi è proprietario della materia; e s'egli avesse adoperato in parte altra materia non separabile, rimane il pegno sulla quota rispondente al valor della cosa che era stata pignorata (6), a meno che la mano d'opera fosse considerata qual cosa principale, chè in tal caso s'avrebbe una nuova proprietà, ed il pegno s'estingue (7).

---

(1) Cod. civ., a. 466, 474, 475. Non rimane estinto il pegno, se il proprietario chiede la separazione. Cod. civ., a. 466 cit.

(2) Cod. civ., a. 474 cit.

(3) Cod. civ., a. 466 cit.

(4) Cod. civ., a. 1299.

(5) Cod. civ., a. 468. Cfr. tuttavia, e l'argomento è grave contenendo l'insegnamento di Cassio, la L. 18, § 3 D. *de pign. act.* (XIII, 7). Qui s'è argomentato, secondo la considerazione largamente esposta (v. la pag. prec., n. 1), non dalla permanenza del pegno misurata alla permanenza della conformazione materiale della cosa; sibbene dalla permanenza nella cosa della qualità di *oggetto* del diritto ch'è stato esercitato mediante il pignoramento.

(6) Cod. civ., a. 469.

(7) Cod. civ., a. 470.

Digitized by Google

Se la specificazione è seguìta per volontà del creditore, la cosa non sottratta per essa alla proprietà, non lo è perciò al pegno; s'egli vi adoperò in parte materia propria, nè questa è separabile, mantiene il pegno sulla quota di comunione (1): se la mano d'opera fosse principale, ritien la nuova specie, ed estinto perciò il pegno, il debitore pignorante avrà diritto al risarcimento. Se lo specificante è un terzo, il pegno segue gli atteggiamenti del diritto di proprietà: e quando il terzo, per essere cosa principale la mano d'opera, acquistasse la proprietà della nuova specie, il pegno necessariamente vien meno. Queste decisioni, e le altre date nel caso di specificazione avvenuta adoperando in parte altra materia, valgono nelle due ipotesi di mescolanza rimasta comune, e di mescolanza in cui una delle cose concorse a formarla abbia qualità di principale rispetto all'altra (2).

Giova ancor qui ricordare, che se oggetto del pegno fosse l'usufrutto, essendone legate le sorti al modo di essere della proprietà, s'avrebbero risultati identici a quelli ora descritti.

245. La ricerca fatta rispetto ai due istituti dell'accessione mobiliare e della specificazione, si riferisce alla *mutazione della cosa avvenuta in modo da rimanerne alterati i termini ond'era originariamente circoscritta.* Questa mutazione è ancor più sensibile nelle due seguenti figure. Una è l'accessione immobiliare fluviale (3), perchè, in qualunque modo e per qualunque causa s'estenda la proprietà, questa non muta, e il pegno, nella sua entità originaria, la segue nella nuova estensione dell'oggetto (alluvione; avulsione; alveo derelitto; isola nata nel fiume). L'altra è l'estensione, o meglio l'integrazione del diritto, come s'avverte quando alla nuda proprietà s'unisce l'usufrutto (4). Il diritto di proprietà ne riman compiuto,

---

(1) Cod. civ., a. 469.

(2) Cod. civ., a. 470 cit.

(3) La questione è controversa tra gli interpreti del diritto romano, specie in riguardo della L. 3, § 2 D. *de aqua* (XLIII, 20). Le considerazioni esposte non concedono di accogliere nel diritto odierno altra soluzione da quella accolta nel testo, perchè l'*estensione* del fondo non dà luogo ad oggetto del diritto diverso da quel che era. Cons. DERNBURG, op. cit., § 56. V. Cod. civ., a. 1966 cit.

(4) L. 18, § 1, D. *de pign. act.* (XIII, 7. Nè è luogo a distinguere la causa per cui è cessato l'usufrutto, a meno che l'usufruttuario non rinunci col patto che l'usu-

Digitized by Google

ma giuridicamente non è mutato da quel che era: altrimenti segue, se pignorato l'usufrutto s'acquista al pignorante la nuda proprietà che riman quale oggetto separato dal pegno. E quel che s'è detto rispetto alla consolidazione dell'usufrutto, può dirsi in modo più ampio delle servitù prediali; chè l'acquisto al fondo di una servitù (1), o la curata estinzione di una servitù gravante su di esso, costituiscono un maggiore integramento del diritto di proprietà, e ne ha vantaggio il creditore pignoratizio, per tenersi immutato il diritto cui si riferisce l'onere.

246. Avviene che muti l'estensione dell' oggetto concorrendovi la mutazione del diritto, così da non potersi considerare il *diritto* sull'estensione avvenuta come nato da quel rapporto esistente sulla parte estesa; sebbene seguito l'acquisto, il rapporto dell'acquirente sul *fondo* già contenuto nel suo patrimonio, e da lui gravato di sicurtà reale, abbia egual natura di quello che ha sul fondo acquistato in seguito ed in continuazione all'altro, pure, la nascita del diritto su quest'ultimo, non è certo il *diritto* esistente rispetto al primo (2). Questa unione di fondi voluta dal proprietario non è accessione, e quindi l'onere si ristringe al fondo determinato nella costituzione della sicurtà, quantunque più tardi sia stato compreso entro maggior cerchia; a miglior dichiarazione di ciò, è mestieri di avvertire che la risoluzione sta sì nel caso di unione di altri fondi pur mantenendone determinato la rispettiva determinazione topografica, come nell'altro di ampliamento di circuito del fondo onerato. Altrimenti avviene nella determinazione del fondo legato (3), così richiedendo l'entità dell'atto, l'interpretazione della volontà in relazione ad esso; nel pegno l'onere non può comprendere le amazioni posteriormente fatte al fondo, non avendo esse qualità di *accessioni*.

---

frutto non cada sul pegno; patto valido, com'è valida fin da principio la costituzione dell'ipoteca sulla nuda proprietà, o pure sul solo usufrutto, considerato come idealmente separato, ed esistente a sè.

(1) V. un'applicazione di questo concetto al caso di acquisto di un diritto d'acqua a favor del fondo onerato, in Cass. fr. 30 marzo 1892 (*J. du P.*, 1892, 1, 887).

(2) Cons. Cass. Torino, 3 ott. 1888 (*Giur. Tor.*, 1888, 682); App. Casale, 17 giugno 1889 (*Giur. Tor.*, 1889, 309). Cfr. App. Torino, 4 nov. 1887 (*Giur. Tor.*, 1888, 25).

(3) Cod. civ., a. 847.

Digitized by Google

Avvien pure, che, almeno in apparenza, il diritto non muta, e pure il pegno non segue l'avvenuta estensione dell'oggetto; la qual cosa par si verifichi, quando per l'impossibilità di procedere a comoda divisione della cosa, s'addivenga a licitazione privata tra i i coeredi, ed uno di essi rimanga aggiudicatario; l'effetto dichiarativo della divisione avvolge tutto l'acquisto (1), e parrebbe perciò che il pegno consentito dal compartecipante sulla sua quota, debba poi comprendere la cosa intera licitata. Ma se indipendentemente da ciò, s'avverte all'acquisto delle altre quote seguito per via della licitazione, si dovrà decidere, che l'espediente tenuto per ovviare all'impossibilità od all'incomodità della divisione, non debba alterare l'estensione della cosa pignorata, la quale riman ristretta malgrado l'incanto, alla *quota* originariamente onerata. Contro la quale opinione si può obbiettare, che l'incanto tra coeredi è sempre considerato come processo della divisione, e quindi per l'efficacia dichiarativa di questa il pegno costituito su di una quota si deve estendere alla cosa intera; posto ciò, bisognerebbe dedurre anzitutto dal valor della cosa il prezzo sborsato dall'acquirente agli altri compartecipanti, perchè è termine essenziale di quell'acquisto onde ebbe estensione il pegno sulla quota di cosa comune. I risultati delle due costruzioni sono identici, riducendosi in entrambe l'alienazione di valore contenuto nella sicurtà al valore della quota onerata; ma certamente soltanto la prima risponde ai principî esposti.

La *volontà* delle parti può impedire le modificazioni descritte, ed il modo con cui è stata manifestata nella creazione del rapporto dà talvolta i termini di tale interpretazione: come avverrebbe nell'ipotesi della consolidazione dell'usufrutto nella nuda proprietà, se l'uno o l'altro di questi rapporti fosse caduto originariamente sul pegno. Agli effetti del quale, si possono ben limitare le conseguenze della consolidazione, come da principio si possono, per tale rispetto, tenere separati i due diritti.

Impropriamente adoperando il linguaggio giuridico si può dir dei *frutti* prodotti dalla cosa, nell'indagare gli effetti dell'accessione rispetto al pegno: pure, stante la qualità di *principale* che ha di fronte ad essi la *cosa* onde son prodotti, si può considerarli tra gli *accessorî* della cosa pignorata: e da tal concetto move in

(1) Cod. civ., a. 1034.

Digitized by Google

gran parte la dottrina romana nelle risoluzioni date sul pegno dei frutti, in conseguenza del pegno gravante sul fondo che li produce (1). Senonchè, queste risoluzioni tradiscono la preoccupazione di accordare il concetto dell' accessorietà al fine ed all'entità del pegno; di qui è derivato un principio più logico e netto, che, separando il godimento della cosa dall'onere imposto a fin di sicurtà, restringe il pegno e l'alienazione di valore alla cosa, senza farvi cadere i frutti (2); produzione periodica delle sue forze intime, non le esaurisce, non toglie il valore ch'essa contiene, e ch'è oggetto del pegno. I frutti seguono la condizione della cosa come ne viene aperta la liquidazione: lo *stato* giuridico di essa è fissato in quel momento (3), ed è sospeso qualunque atto di dominio dal quale possa avere alterazione. Perciò la cosa contro di cui si procede principalmente a fin di ridurla in valore, e di aver l'oggetto proprio sul quale esercitare il pegno, dà qualità di sè ai frutti: la cosa è sottratta ad ogni potere di disposizione, ed i frutti accedono ad essa. Non altro è il concetto dell'immobilizzazione dei frutti, seguente alla trascrizione del precetto.

247. A finire questa ricerca sulla *cosa* oggetto del rapporto di pegno, è d'uopo s'accenni alla possibilità che il rapporto di sicurtà rimanga integro pur mutandone l'oggetto: ma, ostandovi la ragion della pubblicità necessaria per costituirlo, e per cui è indotto l'onere sulla cosa speciale dal giorno in cui è posta in atto, si deve restringere lo studio della surrogazione al caso in cui alla *cosa* è sostituito il *valore* (4). Sostituzione giustificata dal pensare la funzione che il valore ha nel patrimonio dov'era prima la cosa cui si riferisce: rappresenta la cosa stessa, ed in ragione di essa è dovuto. L'argomento ha dato materia di studio nel trattato del privilegio; e nello studio speciale dell'ipoteca, verranno esaminati i casi

(1) Su questo argomento v. VANGEROW, op. cit., § 370; WINDSCHEID, op. cit., § 226 *a*; DERNBURG, op. cit., § 57; IANCKE, D. *Fructrecht d. redlich. Besitz. u. d. Pfandglaübig.* (Erlang., 1862); GÖPPERT, mon. cit.

(2) Eccezionalmente, per il pegno di credito producente interessi, v. C. civ., a. 1886. Cfr. Cass. Roma, 1° apr. 1892 (*C. supr. Roma*, 1892, II, 87); L. pruss. cit., § 30. V. il n. 288.

(3) Cod. civ., a. 2085 cit.

(4) Certo, nel caso di sostituzione di una ad altra cosa, le condizioni di pubblicità fanno difetto: non potendosi questa trasportare com'è stata effettuata, rispetto alla cosa che si vorrebbe sostituire.

Digitized by Google

speciali in cui tale surrogazione s'avverte. E prima, nello studio delle cause onde la garanzia si estingue, si dirà dell'azione surrogata contro di chi ha distrutto o danneggiato la cosa; e contro chi abbia assicurato il costituente dei rischi possibili, per causa di fortuito o di forza maggiore (1).

§ 3.

La forma.

SOMMARIO. — **248**. Distinzione tra la creazione e la costituzione del pegno. Rinvio.

248. Gli elementi descritti, il credito garantito e l'alienazion di valore contenuto nell'onere sulla cosa, dichiarano qual sia l'entità giuridica del rapporto di pegno: il quale per esistere dev'essere costituito secondo le forme ordinate nella legge. La *costituzione* del rapporto di sicurtà è qui significata con la voce *forma;* e siccome vi si debbono distinguere due parti profondamente separate, il *titolo* che dà nascita al pegno, e la *costituzione del rapporto* di pegno, la forma apparisce qual manifestazione della volontà delle parti o della legge diretta a dar vita al pegno, e poi qual manifestazione del pegno stesso. Vi ha dunque qui due ragioni di forma; una che prepara, mette assieme i termini necessari all'esistenza del rapporto, e l'altra volta a dichiarare questa esistenza, la rende palese; entrambe concorrono essenzialmente alla costituzion del pegno, perchè il difetto di dichiarazione impedisce che il rapporto sia. Se non apparisce, non è: la figura giuridica dei termini onde il pegno può aver nascita, e tale da poter costituire un rapporto distinto di obbligazione, è altro atto dalla costituzione propria della sicurtà reale; la quale, quando s'abbiano gli elementi necessari a produrla, richiede una forma, una manifestazione determinata (2).

---

(1) Cod. civ., a. 1299, 1951.

(2) La discussione sui concetti ora esposti, e che verranno ampiamente svolti in seguito, specialmente nei trattati dell'ipoteca e del pegno proprio, dovrebbe essere allargata all'acquisto della proprietà e dei diritti reali. A parte la questione, riferentesi tutta a nuove proposte di ordinamento della proprietà fondiaria, dell'*iscrizione* dei trasferimenti della proprietà e della costituzione di alcuni diritti reali (si eccettuano, ad es., le servitù), in libri appositi (i libri fondiari, *Grundbuch* del

Digitized by Google

Queste due parti, così distinte, possono aver nome, la prima di *creazione del pegno*, e comprende gli atti creativi, le cause del rapporto: la seconda di *costituzione del rapporto di pegno*. E di esse si dirà ora separatamente.

---

diritto germanico); a parte il discutere se con questo sistema l'iscrizione debba fare piena ed assoluta prova; a parte l'avvertire alla differenza dei due momenti giuridici distinti, che occorrono per l'acquisto, e cioè il *titolo* abilitante all'iscrizione, e l'*atto* (atto reale), dell'iscrizione, sebbene possano seguire contemporaneamente; nel sistema tenuto dalla legge odierna con la trascrizione e l'iscrizione, nasce quest'ultima questione per cui si domanda, qual sia l'entità di questi due atti, e qual'influenza esercitino nell'acquisto del diritto cui si riferiscono.

Ora, per la trascrizione è certo, che sebbene giusta le considerazioni altra volta esposte, la *consensualità pura* nel trasferimento della proprietà non esista, ostandovi la figura della ritenzione per il prezzo impagato (Cod. civ., a. 1469), e della sospensione del pagamento nel pericolo di molestia (Cod. civ., a. 1510), figure rannodantisi al concetto della *causa*; sebbene ciò sia, la trascrizione non ha tolto il posto della tradizione operativa di effetto anche rispetto alle parti. Non ha carattere oggettivo, non indica la condizione della cosa in seguito all'atto, ma annunzia soltanto la condizione in cui le *persone* si trovano rispetto al *diritto* cui l'atto si riferisce, in conseguenza appunto di tale atto; il fondamento suo non è altro che l'avvertire i terzi in modo da presumerne assolutamente la scienza dell'atto compiuto. Tant'è, che gli effetti della trascrizione sono regolati secondo questo fine (Cod. civ., a. 1942).

Qui dunque non occorre la distinzione che occorrerebbe quando si avesse il sistema del *libro fondiario* germanico, nella sua maggiore e logica estensione: la distinzione del titolo dal modo, concorrenti entrambi al risultato finale, ch'è l'acquisto del diritto. Titolo s'intende nel senso di abilitazione a porre in essere quel *modo*, dal quale poi direttamente dipende l'acquisto. Ma occorre nell'iscrizione? La legge (e questo punto sarà studiato ancora nella parte speciale) non distingue, come ha fatto per la trascrizione; parrebbe perciò, che malgrado la ragion dell'istituto sia come per la trascrizione la notizia dell'atto rispetto ai terzi, l'iscrizione si riferisca all'*atto* stesso, in modo che questo non abbia effetto neppur tra le parti, se quella manchi. Ma ancor qui, come si esporrà nel testo, se la distinzione astratta tra il titolo ed il modo rimane, il *modo* ha un'entità, che ritrae interamente dal fine per cui fu ordinata la pubblicità dell'atto; quindi, non è il modo che predomina come si avverte nel sistema germanico, ma il titolo ch'è la ragion principale della costituzione del rapporto. Nel quale ordinamento, le parti sono dunque contraddittorie assai, dove non si pensi che la distinzione giuridica del *titolo* dal *modo* di acquisto, non apparve alla mente del legislatore nella sua tradizionale significazione, chè apparve anzi il contrario: la cessazione cioè della figura del *modo*, sebbene per il fine della pubblicità questo sia rientrato nel sistema con altro scopo, e quindi più che dimezzato, denaturato.

Digitized by Google

CAPITOLO IX.

La costituzione (creazione e costituzione) del rapporto di pegno.

GENERALITÀ.

SOMMARIO. — **249.** Cagion di distinguere la creazione dalla costituzione del pegno. — **250-251.** La *generalità* e la *specialità* nell'ipoteca.

249. Nella costituzione del rapporto di pegno, si debbono distinguere, secondo le cose esposte, due momenti: il *titolo* per il quale s'è abilitati a costituirlo, e che da solo contiene il diritto ad operare tale costituzione, non il pegno: e la *costituzione* vera propria del rapporto, e in essa è giuridicamente il *pegno*. La separazione di questi due momenti risponde, in qualche modo (1), a quell'ordinamento che nella legge romana si riferiva all'efficace trasferimento del diritto di proprietà: e se a tutt'a prima può parere alquanto strano il riavvicinamento dei due istituti giuridici, perchè il distacco tenuto in tema di *alienazione* della proprietà non era richiesto nella creazione del pegno e dell'ipoteca, ogni ragion di dubitare cesserà, quando si pensi all'origine stessa dei nuovi mezzi di sicurtà, raffrontati a quell'antico della *mancip. fiduciaria* creato dal diritto civile. Vero è, che la differenza tra l'atto giuridico e l'atto reale di trasferimento perdette in prosieguo di tempo ogni vigore, onde per questo rispetto la costituzion dell'*ipoteca* nel diritto intermedio è regolata altrimenti dal trasferimento della proprietà (2): e sebbene nel *pegno*, inteso specialmente, paia di avvisar traccia di quella distinzione, è facil cosa pensare che la consegna della cosa non è richiesta da considerazione alcuna di pubblicità dell'atto, ma della natura dell'atto stesso: la consegna non attiene a forma estrinseca, sibbene all'entità dell'istituto. Il quale raffronto dell'ipoteca con il trasferimento della proprietà, domanda lo studio del concetto odierno al tutto opposto

(1) V. la nota precedente.
(2) Questa parte storica sarà indagata nel trattato speciale dell'ipoteca.

Digitized by Google

alla legge romana; quella differenza avvertita esiste oggi nettamente per l'ipoteca con l'istituto dell'iscrizione, e non per la proprietà, nonostante la trascrizione (1): nè il dubbio può essere facilmente risoluto senza ricercare in qual relazione stiano i due istituti della trascrizione e dell'iscrizione, e senza determinare la necessità e la efficacia di esse rispetto all'*atto*, a fin di vedere se costituiscano un elemento essenziale di sua esistenza o pure se l'atto esista, ed esse occorrano soltanto per poterlo opporre ai terzi. La qual ricerca ne induce altra più ampia, e che, forse, conduce a diversi risultati secondo vien condotta nel diritto positivo, e nel costituendo; l'indagine cioè della forma di pubblicità richiesta per il trasferimento del diritto di proprietà immobiliare e per la costituzione dei diritti reali immobiliari (2).

250. E posta per l'ipoteca la distinzione dell'atto generatore del rapporto dalla costituzione del rapporto stesso; e lasciato da parte quest' ultimo punto che si riferisce specialmente all'ipoteca, il concetto che determina l'entità giuridica della garanzia dichiara pure l'entità dell'atto onde ha vita. Perchè, a chi esamini la struttura della relazione patrimoniale che è nella sicurtà reale, si rende manifesto, come il diverso modo col quale questo s'atteggia, risponda esattamente alla diversità delle cause che vi dànno origine; e dove per la relazione tra la ragion del debito ed il patrimonio del debitore la garanzia contiene la specializzazione della sicurtà generale, l'atto che la crea ha in sè quella ragion patrimoniale che dà fondamento all'istituto. La volontà manifestata dalle parti, o presunta dalla legge, *specializza la sicurtà* rispetto al credito garantito, e rispetto a determinate cose; e la legge considerando talvolta l'entità del credito, e tal'altra la natura del titolo in cui è affermato, la specializza soltanto rispetto al credito, lasciandola diffusa nell'insieme dei beni. E questo avviene, perchè quando la volontà è manifestata espressamente, si vuol essere certi che l'alienazione del valore è stata deliberata seriamente in relazione al credito garantito: e quindi la necessità di specializzare la garanzia, intendendo pure alle cose determinate cui l'alienazione si riferisce. Se poi la volontà

(1) Ma come esiste? V. la n. 2 a pag. 518.
(2) V. il rinvio fatto nella n. precedente.

Digitized by Google

è presunta, la legge pone in relazione la ragion del credito garantito con la cosa speciale acquistata al patrimonio del debitore in conseguenza di esso: e perciò, ristringendosi nei termini della presunzione, dà la garanzia soltanto su quella cosa determinata; mentre negli altri casi non esiste egual ragione di limite, e la virtù della garanzia s'estende a tutte le cose contenute di già ed a quelle che entreranno nel patrimonio del debitore. Cosicchè, riflettendo sulla ragion della sicurtà reale, in quest'ultimo caso si scorge di necessità la figura del privilegio: non la volontà, ma la legge, in considerazione delle persone cui è dovuta l'obbligazione o del solo titolo che è, o potrà essere fondamento diretto dell'esecuzione reale, crea una *causa* di prelazione. Nè altro è il carattere dell'ipoteca legale *generale*, e dell'ipoteca giudiziale, parimenti *generale* (1).

Dalla qual considerazione si traggono due conseguenze. La prima, è la nuova prova dell'incompiutezza del sistema tenuto dalla legge italiana nell'ordinamento delle cause di prelazione in genere; nelle due forme d'ipoteca or descritte, e specialmente nell'ipoteca legale

---

(1) Del significato, che secondo i fonti del diritto romano dev'essere attribuito ai due istituti d'ipoteca *generale* e ipoteca *speciale* (od alle due forme d'ipoteca distinte secondo il contenuto), e di quello che, per l'opposizione in cui talvolta si trovano, hanno i termini « *generaliter* » e « *specialiter* », discutono gli interpreti. V. per la letteratura meno recente, GLÜCK, op. cit., XVIII, p. 208 e segg.: e specialmente, le due monografie di CAPLICK, *Vindiciae sec. omnes fere IC. de generalis et specialis hypoth. discrimine sentent.* (GÖETT., 1820), p. 6 e segg.; ROSSHIRT, nella sua rivista *Zeitschr.* f. *Civil. u. Criminalr.*, I, p. 29 e segg. Cons. VANGEROW, op. cit., § 369; WINDSCHEID, op. cit., § 228; SINTENIS, op. cit., § 51; DERNBURG, op. cit., § 65.

Sebbene in definitiva la costituzione del pegno generale si riduca a costituzione di pegno su più oggetti, pure, non si può affermare che equivalga senz'altro a costituzione di tanti pegni quanti sono gli oggetti cui si riferisce; nella costituzione di pegno generale, secondo i concetti esposti su questo punto, non cadono nè possono cadere gli oggetti, ma il patrimonio, e di qui l'efficacia sua, che altrimenti non avrebbe se fosse considerato in relazione ad oggetti speciali non entrati ancora in potere del costituente. Nel diritto odierno, la specialità ch'è termine essenziale del pegno, non consente la validità di questa forma di costituirlo; e nelle figure in cui apparisce ancora, si ha la costituzione rispetto a cose determinate, perchè il titolo (ipot. *legale*, ipot. *giudiziale*) produce il suo effetto non rispetto al patrimonio, ma rispetto ad ogni oggetto speciale, e nel tempo in cui questo entra nel patrimonio, perchè, rispetto ad ognuno, ed in ogni momento fino alla estinzione dell'obbligazione, produce l'effetto che gli è inerente. Tanto più, che, secondo si dirà in seguito, nell'*ipoteca* generale i due momenti della creazione e della costituzione si confondono in un solo: quest'ultimo.

Digitized by Google

generale, è il concetto di ***privilegio:*** e sebbene i crediti per i quali quest'ultima è stata conceduta, a causa del maggior favore inducente una maggior garanzia o della necessità di estendere la *pubblicità* con l'iscrizione, paiano meglio favoriti, perchè garantiti con sicurtà reale, di quelli che son privilegiati con privilegio immobiliare speciale; pure, questi ultimi hanno in definitiva un maggior favore a causa della prelazione sugli stessi crediti ipotecari (1). La seconda è, che nella sicurtà costituita per atto volontario la specializzazione della garanzia rispetto alle cose onerate s'impone di necessità: se l'ampiezza della sicurtà nell'ipoteca legale *generale* deriva dalla presenza del privilegio, nel pegno volontario si presume debba la deliberazione riferirsi a cose determinate contenenti il valore alienato. E la storia dell'istituto dà prova manifesta di tal costruzione: nell'ipoteca convenzionale generale si dovettero comprendere da principio le sole cose presenti, e delle cose future occorreva si dicesse espressamente nell'atto costitutivo (2). Il ritorno del diritto odierno a questi concetti originarî, è giustificato dalle considerazioni esposte sull'entità dell'atto volitivo e più che altro dai bisogni del credito; perciò la specializzazione della sicurtà rispetto alle cose onerate, venne intesa in modo così ampio da aversi la *specialità* qual termine fondamentale del rapporto di sicurtà reale: limitatamente, s'intende, alla creazione di essa per via di volontà espressa, o presunta (3).

251. I concetti esposti indicano una differenza essenziale, per cui il pegno convenzionale è ben distinto dal legale non fondato su

---

(1) Cod. civ., a. 1953.

(2) Arg. L. 9 C. *quae res pign.* (VIII, 17).

(3) La specializzazione della garanzia, ch'è idea fondamentale nel concetto odierno del pegno, s'avverte nel momento della *costituzione* rispetto a tutte le cause dell'ipoteca, perchè è data pubblicità non soltanto all'onere, ma alla quantità del credito, ed alla quantità della garanzia costituita per assicurarlo. Ma nel momento della creazione, la specializzazione ben s'intende rispetto all'ipoteca che deriva dalla volontà espressa o presunta; la volontà espressa è fissata rispetto a *date cose*, e la presunta si riferisce a quella entrata nel patrimonio mediante l'*acquisto* cui l'onere si riferisce (Cod. civ., a. 1969, 1°, 2°). Quando la volontà non entra per determinare l'oggetto della garanzia (Cod. civ., a. cit. 3°, e 292. 293; a. cit. 4° al.) creazione e costituzione si confondono, come si dirà, in quest'ultimo momento; e così avviene, che la *specialità* sia criterio generale nell'ordinamento ipotecario.

Digitized by Google

presunzione di volontà, e mostrano pure, che senza il concorso della ragion patrimoniale designata come *specializzazione* della garanzia generale, non è possibile la figura dell'ipoteca legale e della giudiziale, sebbene in questa forma di sicurtà reale siasi avvertita la presenza del concetto ch'è fondamento alla nozion del *privilegio*. Non della legale speciale, perchè anche riferendosi a cose entrate nel patrimonio del debitore, l'onere è nella causa stessa dell'acquisto (1); non della legale generale, e della giudiziale, perchè il privilegio ha vita soltanto rispetto alle cose contenute nel patrimonio del debitore, e rispetto ai creditori concorrenti su di esso: ond'è, che la garanzia costituita da un terzo per l'obbligazione altrui, non può essere costituita altrimenti che mediante atto volontario. Così, indagata l'entità giuridica delle cause generanti il pegno, s'ha la conferma della costruzione proposta ricercando il fondamento ed i caratteri della sicurtà reale (2).

La quale è creata dalla *volontà*, o pur dalla *legge;* e nell'atto volontario bisogna pur comprendere i casi in cui la legge crea la garanzia, non per considerazione di preferenza verso di un credito, ma presumendo la consenziente volontà delle parti. I casi in cui esiste la preferenza giustificata di favore per la ragion del credito verso certe *persone* creditrici, o per il *titolo* constatante il credito, dànno materia al *pegno legale* (proprio), ed all'*ipoteca giudiziale;* e si deve por mente, che sebbene in queste due forme la *volontà* possa intervenire per determinare le cose sulle quali deve cadere l'ipoteca *legale*, questo intervento non muta la *causa creatrice* della garanzia (3).

---

(1) È il concetto esposto dianzi (v. la n. precedente): l'onere reale colpisce la cosa al momento dell'acquisto, e per virtù dell'acquisto. D'altra parte si avverta, che in questi casi la ragion maggiore di distinguere la sicurtà reale dal privilegio sta nella presunzione di volontà. (V. Cod. civ., a. 1969, 1°, 2°).

(2) V. il cap. II.

(3) Cod. civ., a. 1969, 4°, e 292, 293; a. 1969, 4° al.

Digitized by Google

§ 1.

Creazione della sicurtà reale per atto volontario.

SOMMARIO. — **252.** Entità di tale atto. — **253.** Atto unilaterale di volontà. — **254.** Liberalità dell'atto. — **255-256.** Condizione; termine. — **257-258.** Patti aggiunti; patto commissorio. — **259.** Capacità del pignorante. — **260-261.** Rappresentanza. — **262-263.** Risoluzione del diritto del pignorante. — **264-265.** Chi può consentire il pegno. A favor di chi. — **266-268.** Della *volontà* diretta a tal fine.

252. Alienare un valore contenuto in genere nella cosa a fin di costituire su di essa il rapporto di sicurtà reale, è far atto di disposizione: non s'intende certo a disporre della cosa per sè: ma riferendosi la volontà al valore che è in essa, e perciò alla diminuzione dell'oggetto integrale del diritto, s'ha un atto nel quale la cosa (e però anche il diritto esercitato) entra direttamente, immediatamente. Essa è oggetto del pegno per via della costituzione dell'onere, esprimente il carattere di condizionalità ond'è determinata l'alienazione contenuta nella garanzia reale; e se alienare il valore che è nella cosa non significa alienar la cosa stessa, certo è modo di disporre, perchè il creditore pignoratizio ha dal rapporto di pegno il diritto di farla vendere a fin di trarne il valore che è oggetto vero della sicurtà costituita; l'alienazione è diminuzione del dominio, il quale nella sua integrità comprende la cosa, le funzioni tutte giuridicamente separabili da essa, ed un valore (1). Si può tenere questo concetto, e modificare il modo di esporlo, dicendo che il valore non è parte della cosa, ma è tutt'uno con essa, è la cosa rappresentata dal prezzo; cosicchè, la disposizione della cosa rispetto al valore, è disposizione della cosa considerata in un dato modo di essere. Pure, sebbene il concetto di quest'identità occorra estimando la posizione della cosa rispetto al patrimonio, nel quale a cagion dell'universalità è tutt'uno ch'essa vi sia contenuta in ispecie,

(1) È chiaro, e le considerazioni più volte esposte non lasciano dubbio su di ciò, che l'affermazione or fatta rispetto al diritto di dominio, serba tutta la sua efficacia quando invece che di questo sia parola di altro diritto più limitato, e suscettibile di pegno: la relazione del pegno rispetto a questo *diritto* che sulla cosa ha il creditore pignorante, rimane identica.

Digitized by Google

o pure nel valore rappresentativo: quando s'intenda ai diversi rapporti giuridici che fanno capo direttamente alla cosa, è necessario distinguere il modo col quale vi è stata dedotta.

Ora, si voglia considerare il pegno in relazione alla cosa, e quindi alla disposizione fattane con l' alienazione del valore; o si voglia considerarlo risalendo al potere di disposizione derivante dal diritto, come inducente una modificazione di questo, e tale da poterne cagionare l'*estinzione* (1) quando sia esercitato con la vendita; certo è, che dell'alienazione a fin di pegno è fonte principale la *volontà* della persona cui spetta col *diritto* il potere di disporne: dare a pegno, è alienare, è disporre.

La volontà del disponente è così il fatto diretto alla creazion del pegno; e gli atti giuridici speciali per via dei quali si può dar vita ad un rapporto reale son tutti idonei a costituirlo, purchè i termini proprî all' atto che dall' osservanza di essi trae esistenza, concorrano assieme a quelli in cui l'entità della garanzia si manifesta: così all'atto riman la figura sua, nè altrimenti si potrebbe dirlo esistente, e trae nome dal pegno se questo è il solo fine che s'è avuto nel crearlo. Onde la possibilità di costituire il rapporto di garanzia reale mediante atto *volontario* tra vivi, o pur di *ultima volontà;* e, se nel primo caso s'ha la convenzione di pegno governata dal concorso delle norme ora descritte, nel secondo s'ha il pegno *testamentario* o *legato di pegno;* e come nella convenzione i termini generali di essa son volti ad un fine speciale che è la costituzione della sicurtà, nel legato i termini generali di esso, e quei particolari del pegno s'intrecciano così da rimanerne diversamente regolata la possibilità di costituzione del pegno su cosa altrui. Perchè la convenzione ed il legato contengono il pegno, il quale come fine particolare suppone di necessità l'esistenza degli atti giuridici generali adoperati a crearlo; ed a quel modo che avviene per gli elementi generali determinanti la figura giuridica della convenzione e del legato, gli *effetti* di questi due istituti concorrono in una a quelli proprî del pegno. La virtù della *convenzione* e del *legato* si manifesta dunque per entità giuridica propria, sebbene in relazione al pegno che vi è contenuto.

---

(1) Estinzione: ma solo rispetto alla persona contro la quale si procede alla vendita della cosa, o del diritto cui si riferisce il pegno. I due diritti, il pegno e quello del pignorante sulla cosa onerata, hanno esistenza al tutto indipendente.

Digitized by Google

253. La possibilità di creare il rapporto di sicurtà reale mediante atto di ultima volontà, mostra che si può crearlo con volontà unilaterale: ma, ricercare se la costituzione possa seguirne con la volontà unilateralmente manifestata, è indagine se non diversa, assai più ampia. Perchè si sa dell'efficacia della volontà manifestata dal disponente in quei negozî perfetti giuridicamente con la sola volontà del dichiarante, e qui s'intende, che il pegno è creato unilateralmente, per essere contenuto in un negozio dove occorre quel termine essenziale; la difficoltà sta nel sapere, se a motivo dell'atto di disposizione che è nel pegno, la sola volontà del disponente sia senz' altro bastevole a crearlo; ed è sorta specialmente in tema d'ipoteche (1), consentendo la legge di chiederne l'iscrizione, in virtù di scrittura privata in cui la firma del *costituente* sia autenticata da notaio. Dove a taluni è parso veder traccia della possibilità di creare il pegno con manifestazione unilaterale di volontà, riferendosi al solo costituente l'accertamento della firma apposta alla dichiarazione (2).

La ricerca si riferisce nella sua ampiezza alla volontà, come elemento creatore di rapporti giuridici: e certo, se si dovesse argomentare dal concetto di personalità, la manifestazione libera della volontà, fatta da chi ha capacità giuridica, dovrebbe vincolare il dichiarante, nè questi, quando la dichiarazione fosse rivolta ad altra persona, potrebbe revocarla senza offendere la posizione giuridica in cui per la sola manifestazione ha posto rimpetto a sè la persona cui s'è diretto. Come esplicazione della personalità, la dichiarazion di volontà sarebbe atto giuridico per sè, e quindi, appena avvenuta ed ancor prima di comunicarla ad altri dovrebbe contenere per parte del dichiarante il concorso effettivo, determinato alla creazion del rapporto cui si riferisce; nè altra è la ragion di costruire nella teoria della creazione in materia di titoli al portatore, e della validità dei contratti stipulati a favor di terzo secondo è insegnata da molti tra i germanisti (3). Lasciando ora di

(1) V. su questo argomento, CHIRONI, *Quest. di D. C*, pag. 278, 282; e le note e gli Aut. ivi citati.

(2) V. la nota precedente.

(3) La discussione su questo argomento del contratto a favor di terza persona, ed il solo riassunto delle teorie pensate a determinarne l'essenza, oltrepassano di assai i brevi termini di una nota: oltre ai trattati generali del WINDSCHEID, op.

Digitized by Google

discutere l'attendibilità astratta di questo concetto, che dovrebbe condurre ad affermare nel modo più assoluto la non revocabilità della fatta dichiarazione, e che in tema di contratto ripugna assai al concetto di *vincolo*, non possibile, in tal qualità, per il volere di un solo; certo è che il diritto positivo non riconosce tale efficacia alla volontà da essere il dichiarante vincolato per il solo fatto della dichiarazione, e non appena avvenuta. Nè rileva si consideri il potere di disporre: chi dispone di cosa a lui spettante, e vuol farne oggetto di rapporto giuridico rispetto ad altri, non crea il rapporto con la sola sua volontà, nè questa può costituire da sola un termine fisso, irrevocabile, del rapporto da costituire; il solo caso in cui la volontà raggiunge quest'efficacia, s'ha quando la volontà intende ad esercitare il potere di disposizione, rinunciando affatto al diritto (1). Lo stesso testamento, se ben si esamina, contiene non la creazione di un rapporto, niuno potendo essere *erede* o successore contro alla propria volontà: contiene soltanto un termine del rapporto, il quale in virtù del fine dell'istituto dà contenuto valido all'atto: e cioè, la soppravvivenza della dichiarazione di volontà giuridicamente efficace alla morte del dichiarante (2).

Ora, se il diritto patrio non accoglie il principio dell' efficacia della dichiarazione unilaterale di volontà come atto giuridico per-

---

cit., § 316, e dello STOBBE, op. cit., § 172, si può consultare specialmente la mon., di GAREIS, *D. Verträge zu Gunsten Dritter* (Würzb., 1873). La letteratura italiana offre due lavori: TARTUFARI, *Contratti a favore di terzo* (Torino, 1890), dove l'applicazione alla legge italiana della teoria affermata da quei Germanisti che da questo contratto deducono l'acquisto immediato al terzo estraneo, ripugna alla nozione dell'obbligazione secondo il diritto italiano, alla lettera ed alla storia della disposizione dell'art. 1126 del Cod. civile. Giustamente su ciò, l'altro lavoro del BREZZO, nella monogr. *L'azione revocatoria* (Torino, 1892), p. 302 e segg. Forse, il miglior modo di porre in relazione la teoria del diritto italiano, con alcune tra le buone conseguenze pratiche della teoria ricordata, è l'espediente della cessione com'è concepita dal WINDSCHEID, op. cit., § cit.; ma diminuendo la virtù della *finzione*, e costruendo invece sulla presunzione di volontà.

(1) Su questo punto, v. CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 54; App. Orleans, 29 nov. 1889 (*J. du P.*, 1891, 1, 217).

(2) Ma badisi: il testamento come atto giuridico è essenzialmente unilaterale, perchè costituito dalla sola volontà del testatore; non lega il nominato, ma lo investe del diritto, e questa investitura è rispetto all'erede continuazione della persona giuridica del *de cuius* qual *soggetto di un patrimonio*. La disposizione della cosa su cui il testatore aveva diritto, è perfetta qui mediante il suo solo volere.

Digitized by Google

fetto (1), ed in conseguenza non ammette che la dichiarazione unilaterale non revocata validamente possa concorrere a costituire il rapporto, neppur dopo la morte del dichiarante, è al tutto inutile ricercare qual sia la virtù di tal dichiarazione, diretta a creare il rapporto di pegno. Nè la disposizione ricordata in materia d'iscrizione ipotecaria, fa difficoltà seria; perchè l'accettazione del creditore può essere manifestata tacitamente, e la legge intende soltanto di dispensare dalla necessità di farlo in modo espresso, e con le formalità ordinate per accertare la volontà del costituente (2). Questa risoluzione, posta a raffronto dell'altra che su quella disposizione vorrebbe costruire la virtù giuridica della volontà unilateralmente manifestata, ha il vantaggio di rispondere ai principî generali accolti nella legge; non si può ammettere che un principio di estensione così ampia vi sia ristretto alla sola creazione dell'ipoteca volontaria.

254. Fine giuridico del rapporto di pegno è la *garanzia:* di qui si rileva, che soltanto in via eccezionale può la costituzione di esso derivare da spirito di liberalità. Perchè, sia la volontà manifestata con atto fra vivi, o pur di ultima volontà, il rapporto di sicurtà si riferisce ad un *credito*, onde il termine di *accessorio* adoperato per determinare la unione tra di esso ed il rapporto personale: cosicchè la costituzion del pegno fatta dal debitore o pur da un terzo non è liberalità verso del creditore, al quale certamente non è dato più di quanto gli spetta già in virtù dell'obbligazione. La qual considerazione conferma i concetti fondamentali esposti sull'entità del pegno, in cui si ha alienazione condizionata di valore, ma non di valore diverso da quello contenuto nel rapporto garantito; la diversità esiste soltanto rispetto al modo di ottenerlo. Nè si faccia contro argomentando dai concetti esposti sul concorso nel medesimo soggetto (il creditore) dell'azione personale e della reale, rispondenti ai due rapporti di obbligazione e di sicurtà: la diversità dei rapporti non fa ch'egli abbia diritto ad esigerli entrambi, per l'identità del valore cadente in essi. E neppur fa

(1) Su ciò, v. la mon. di SIEGEL, già cit.

(2) Cass. di Firenze, 11 febbr. 1889 (*Foro it.*, 1889, 1, 604): Cass. Napoli, 30 ag. 1889 (*Foro it.* 1890, 1, 72); App. Venezia, 10 marzo 1891 (*Temi ven.*, 1891, 269); e v. lo studio di PAPPAFAVA in *Bull. de la Soc. de L. comp.*, 1889, p. 674, 675.

Digitized by Google

contro, l'osservare che il legato di debito (1) ha valore quando il debitore testatore aggiunga qualche vantaggio al precedente titolo; come avverrebbe se il debito a termine o condizionale diventasse, per il legato, esigibile immediatamente, o puro; o se il legato contenesse l'assicurazione di una garanzia. La natura della sicurtà impedisce si ravvisi nel legato così ordinato un atto di liberalità, perchè il debitore potrà rendere al creditore più facile e più sicura l'esazione del credito, ma nulla aggiunge all'entità di questo: il valore dovuto rimane al tutto immutato.

La liberalità può esistere nel rapporto fra la terza persona che dia sicurtà sulle cose sue per il debito altrui, ed il debitore. E la misura di essa s'ottiene estimando la facilitazione ottenuta dal debitore nella richiesta di credito, o nella diminuzione del saggio d'interesse o nel maggior termine conceduto per l'estinzione del debito, o nella sospensione di atti esecutivi minacciati dal creditore: estimazione assai delicata, dovendosi accertare con essa il vantaggio patrimoniale ritratto dalla liberalità. Ma questo carattere manca al tutto nell'atto del creditore che rinunciasse alla sicurtà; come non fa liberalità il debitore concedendo la garanzia, così non la fa il creditore liberando il debitore da quella cui era tenuto, perchè gli riman sempre la ragion del credito, nè la liberazione della sicurtà ne induce l'estinzione.

255. La volontà di creare la garanzia reale con atto fra vivi o per testamento, può contenere gli elementi che la integrano, la determinano, e gli altri che alla volontà già integrata, completa, accedono come *termine* proprio. Perciò, la creazione della sicurtà può essere voluta *condizionatamente*, e la condizione (sospensiva o risolutiva) produce rispetto all'atto creativo del pegno gli stessi effetti che suole rispetto al negozio giuridico in genere, e quelli che induce specialmente rispetto all'acquisto del legato (2). E come la condizione, non varia qui la nozione giuridica del termine primordiale o finale.

I quali elementi son qui considerati in relazione all'atto creativo della sicurtà; e siccome quest'atto non è, per ordinario sufficiente a

---

(1) Arg. Cod. civ., a. 845; v. CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 4, 81.

(2) Perchè la condizione dev'essere esaminata nei suoi effetti, in relazione all'atto speciale in cui il pegno è ordinato.

Digitized by Google

costituirla (1), così, affinchè il *rapporto di sicurtà* abbia carattere di condizionale od a termine, è necessario l'adempimento delle forme richieste per l'esistenza dell'istituto. Allora, o che nell'osservanza di cotesta forma sia ricordata la presenza della condizione o del termine, o pur no, la sicurtà è costituita condizionalmente od a termine; l'atto creativo e non la *forma* dà l'essenza e l'estensione vera del rapporto, nonostante la distinzione fatta tra i due momenti che debbono concorrere a fin di dargli vita. Ma perchè senza l'adempimento di queste forme non esiste rapporto di sicurtà reale *ipotecaria*, quando non fossero osservate inutilmente si farà capo alla retroattività della condizione sospensiva: l'atto creativo avrebbe virtù per effetto dell'avvenimento dal giorno della manifestazione del volere, ed inutilmente; l'atto creativo non è costitutivo del rapporto, e però questo non esiste come condizionale.

256. Dalle cose dette si rileva l'esattezza del concetto esposto sull'indipendenza giuridica dei due rapporti: nel rapporto reale entra l'identico valore (identico come oggetto) contenuto nel rapporto personale, ma ciò non induce identità tra di essi; il rapporto di sicurtà ha fine proprio, determinato, al quale risponde una figura speciale, sebbene, per la ragion dello scopo e della osservata identità di valore, sia strettamente legato al rapporto di credito. Perciò, gli elementi descritti, e che teoricamente sono qualificati come accessori del negozio giuridico, possono occorrere nel rapporto di sicurtà reale, considerato nell'indipendenza sua rispetto al credito; ed operano in modo così ristretto, purchè la ragion della causa, onde ha la vita la sicurtà, non renda inutile col rapporto l'efficacia di essi. Senza quindi distinguere il caso sia prevalente nella sicurtà il carattere dell'esecuzione reale, dall'altro in cui vi prevalga quello di garanzia; ed avvisando alla relazione tra il rapporto reale ed il rapporto di credito che ha figura principale nel senso di non potersi intendere l'esistenza di garanzia senza credito garantito, sebbene poi dopo costituita la sicurtà reale questa par prevalga, contenendo il credito assicurato; esiste l'inutilità di quelli tra gli elementi aggiunti, che limitando

(1) Secondo i concetti esposti, e come si vedrà più ampiamente in seguito, la *creazione* è distinta dalla *costituzione* della garanzia: e la distinzione sta anche rispetto al *pegno* proprio.

Digitized by Google

l'esistenza del rapporto di sicurtà ad un tempo anteriore a quello in cui il credito è esigibile, svisano al tutto il fine della garanzia. La quale, giusta le cose dette, può essere creata con termine finale diverso da quello posto per il credito: ora, a che crearla, se venisse limitata ad un termine più breve di quello fissato per la scadenza di esso? Così pure avverrebbe, se costituita la garanzia condizionalmente, s'imponesse la legge del doversi avverare la condizione in quel termine così ristretto (1). Ma non fa difficoltà alcuna se il termine primordiale s'avveri dopo quello imposto alla scadenza del credito, o se la condizione sia tale da non potersi avverare prima di questo; perchè non si sa se il debitore a scadenza venuta pagherà; ed il termine contiene perciò la condizione *se il debitore non avrà pagato*, che è pure inerente all'altra contenuta nella creazione della sicurtà.

La relazione osservata tra i due rapporti, personale e reale, vieta pure che, senza distinzione alcuna, la sicurtà contenga un valore più alto di quello contenuto nel rapporto di credito: la garanzia si riferisce a questo, e per la natura e lo scopo che ha, non può contenere obbligazione più grave dell'assicurata; nella parte eccedente, la garanzia non sarebbe tale, ma obbligazione vera, contrariamente alla sua entità giuridica. Altro è poi vedere, se, specialmente per il caso di garanzia costituita dal debitore, la parte eccedente che non è vera garanzia sia invece obbligazione vera, oppure siasi voluto aggiungere nuova obbligazione alla precedente, e garantirle entrambe; la ricerca deve qui procedere esaminando la volontà, considerata pure, dove sia necessario, in relazione all'atto in cui è contenuta. Cosicchè, per il fine inerente alla sicurtà, l'obbligazione garantita rappresenta il limite più alto ch'essa può attingere;

---

(1) La questione par quasi oziosa: e pur non è, e può ben avvenire, che malgrado i concetti esposti nel testo, si vada in risoluzione contraria a quella accolta. È proprio vero, che nel caso proposto, la costituzione della garanzia reale sia al tutto inutile? Non parrebbe, dove si pensi alla possibilità che il debitore perda il benefizio del termine (Cod. civ., a. 1176), e che il tempo della domanda giudiziale combini con tal data: perchè la sentenza dichiara, è vero, l'esistenza di un fatto sottoposto tutto all'apprezzamento del giudice, ma dichiarando che è fondata la domanda dell'attore, gli effetti debbono risalire a questo istante. V. ora Cass. civ. fr., 30 marzo 1892 (*J. du Pal.*, 1892, 1, 481), che con essa risolve la questione tra l'efficacia dal dì della pronunzia, o dalla data della domanda: e nel primo senso, v. LABBÉ, l. cit. *in nota*.

Digitized by Google

ma entro questo termine può avere estensione diversa, nulla vietando di assicurare soltanto una parte dell'obbligazione, o, in generale, di dare al rapporto di garanzia entità meno grave di quella data al rapporto di credito. Il qual regolamento non contiene cosa contraria alla natura giuridica della sicurtà: perchè ristringendola a parte del dovuto, o pure ad una parte del *valore* rispondente al fatto dovuto, sia o no divisibile, si rimanga sempre nell'estensione del credito garantito (1).

257. Lo svolgimento dato al concetto della relazione tra i due rapporti, induce ad affermare l'indipendenza del rapporto di sicurtà reale limitatamente al punto in cui per essa rimanga alterata la natura dell'istituto; e nuova applicazione del principio, è l'invalidità di quelle clausole poste nell'atto volontario creativo del rapporto contraddicenti al fine della garanzia. La quale dà al creditore il diritto di vendere la cosa, non essendovi altro modo di determinare l'oggetto vero della sicurtà, il valore cioè contenuto nella cosa onerata: perciò, la clausola vietante al creditore di procedere alla vendita è al tutto inutile, togliendo al creditore l'esercizio del diritto confertogli: concedere il diritto, e vietare in pari tempo di farlo valere, induce contraddizione (2). Nè miglior sorte ha la clausola autorizzante il creditore a vendere in quella forma che a lui paia; la riduzione della cosa in valore, dev'essere fatta con le maggiori garanzie, a fin di accordare il diritto del creditore col rispetto ai giusti interessi del debitore, e degli altri creditori; e quindi con la procedura degli incanti, secondo le forme statuite dalla legge perchè sia ottenuto il giusto valor della cosa (3).

Nè altra da questa è la ragion del divieto del *patto commis-*

---

(1) Le risoluzioni ora esposte derivano dal concetto generale della sicurtà; così, v. Cod. a. 1900.

(2) L. 4; l. 8, § 4 D. *de pign. act.* (XIII, 7); l. 3 D. *qui res pign.* (XX, 1); l. 12, § 10 D. *qui potior.* (XX, 4); l. 4 C. *de pign. act.* (IV, 24); l. 1 C., l. 2 C. *debit. vend. pign.* (VIII, 29). Cons. DERNBURG, op. cit., § 8.

(3) Salva l'eccezione statuita sul pegno speciale (Cod. civ., a. 1884) a favor del creditore, pur rimanendo salvo, in conseguenza della stima, il diritto del costituente. Si può quindi validamente stipulare che i valori dati in pegno siano venduti per mezzo di un pubblico mediatore, o del notaio, che possono procedere a private licitazioni. App. Roma, 14 luglio 1890 (*Foro it.*, 1890, 1, 490). Tale patto non contiene certo legge commissoria.

Digitized by Google

sorio (1); parrebbe che la proibizione della clausola autorizzante il creditore a tenersi in proprietà la cosa onerata di sicurtà reale, sia garanzia della libertà di consenso del debitore, il quale, astrettovi dalla necessità di ottenere il credito, può consentire al creditore un diritto per lui dannoso: ma il ragionamento non è applicabile correttamente al patto commissorio nel pegno costituito da un terzo per il debito altrui (2), e d'altra parte, si avrebbe con ciò una causa di annullabilità, mal rispondente ai termini della legge, racchiudenti piuttosto l'inesistenza (3). S'è pure affermato che il creditore, spinto da ingordigia d'illecito e facile guadagno, potrebbe pretendere di aver garanzia su di cosa eccedente di molto in valore la quantità dovuta, e celar così un saggio altissimo d'interesse (4); ma giusta la legge odierna il ragionamento non tiene, perchè vi è riconosciuta la maggior libertà nella pattuizione dell'interesse (5). A dichiarazione del divieto meglio si avverti che permesso il patto commissorio, ogni creditore avrebbe sempre cura di farlo inserire nell'atto di pegno (6), con grande contraddizione al fine della garanzia; e questo ragionamento dedotto dalla ragion della sicurtà, determinando nettamente il vero oggetto del rapporto, dà il giusto motivo della legge. Se il creditore in virtù della sicurtà ha soltanto diritto al valore o ad una parte del valore contenuto nella cosa, non si può accordargli per effetto del pegno il diritto di aver la cosa stessa; i due termini sono al tutto contrarî, e dal pegno non può scaturire un diritto che ne snaturi l'entità giuridica. Nè fa contro il dire che il patto è diretto a regolare i rapporti derivanti dal pegno: perchè tal regolamento è disdicevole all'istituto, producente soltanto diritto al *valor* della cosa.

Le mutazioni avvenute nell'entità dell'istituto, dànno certa prova

---

(1) Cod. civ., a. 1884, al. L. un. C. Th. *de commiss. resc.* (III, 2); L. 3, C. *de pact. pign.* (VIII, 34).

(2) Arg. NEGUSANT., op. cit., p. IV, n. 6.

(3) Cod. civ., art. 1884.

(4) NEGUSANT., l. cit., n. 2.

(5) Cod. civ., a. 1831, 2 al.

(6) CUJAC., *Ad l. C.* cit.; NEGUSANT., l. cit.; MERLIN., op. cit., l. IV, tit. 4, q. 9, n. 1009; ZANCH., op. cit., ex. 1, § 5, nn. 33 e segg.; MANTICA, op. cit., XI, t. 9, n. 3. Cons. per l'estesa esposizione delle teorie, GLÜCK, op. cit., XIV, p. 84-104: e la monogr. di WARNKÖNIG., in *Arch. f. Civ., P.*, XXIV e XXV (*Dogmengesch., Darst. d. L. v. d.* lex commissoria).

Digitized by Google

di quest'affermazione. Finchè il pegno con la *fiducia* conferì al creditore la *proprietà* della cosa, con l'obbligazione inerente al rapporto di rivenderla al debitore, quando questi avesse estinto il debito, era al tutto inutile la stipulazione della legge commissoria; a qual prò farla, se l'istituto conferiva di già al creditore la proprietà cui s'intendeva col patto? Diventò utile in seguito, quando si cominciò a determinare l'entità vera del rapporto di garanzia, perchè avvalorava (sebbene giuridicamente non se ne avesse necessità) l'efficacia della vendita in seguito alla mancata condizione della rivendita; e perchè, sebbene il diritto del creditore al solo valor della cosa si venisse sempre più dichiarando, il patto commissorio rappresentava il ritorno all'entità di un istituto, in cui le forme civili persistenti mal rispondevano alla novità del contenuto. In questo dissidio ha la sua ragion di essere la legittimità del patto commissorio, non contraddetta fino a quando ne fu ordinata espressamente la proibizione, la quale rispondeva esattamente, e necessariamente, al concetto mutato del pegno ed alla sua natura giuridica, già da tempo determinata con la maggior precisione. L'abuso del patto commissorio indusse la proibizione: perchè in quel fatto si rivelava un concetto ed una pratica contraddicente affatto alla vera entità del pegno.

258. Il patto commissorio, vietato se contenuto nell'atto creativo del pegno costituito assieme alla costituzion del debito, sarà valido se stipulato in seguito? L'antica giurisprudenza lo asseriva (1), argomentando a *contrario* dalla considerazione posta a fondamento del divieto: se questo era ordinato a fin di tutelare la libera volontà del debitore, costretto dalla necessità a consentire cosa cui liberamente non avrebbe assentito, pareva giusto si dovesse negarlo quando la condizione delle parti era tale da non potersi supporre pressione veruna. Se il pegno è costituito dopo il debito, o se il patto commissorio è costituito dopo il pegno, non si può dire che il debitore l'abbia consentito costrettovi dal bisogno del credito che gli è già stato fatto: manca perciò ogni presunzion di coazione, e quindi il motivo del divieto, e la conseguente validità del patto. Ma anche qui il ragionamento non è esatto, e la limitazion del divieto è

(1) Negusant., op. cit., p. IV, n. 6.

Digitized by Google

così arbitraria da mostrare il difetto della dottrina proposta a spiegarlo; se il debitore non può pagare, e per ottenere una dilazione consente il pegno col patto commissorio, si può affermare la libertà di consenso? se consente il pegno, e più tardi il patto commissorio per impedire si proceda pubblicamente contro di lui, ha egli quella libertà che s'intese a garantire col divieto (1)?

Il vero è, che il divieto del patto commissorio doveva e dev'essere considerato qual conseguenza necessaria dell'entità giuridica del pegno: perciò, qualunque sia il tempo in cui è stipulato il patto è colpito da invalidità; ed a tal concetto ben risponde l'ampiezza del divieto ordinato dalla legge rispetto al pegno *proprio*, ma estendibile, per la ragion dell'istituto, al pegno in generale (2). Vi è un solo caso, in cui è apparentemente permesso: in realtà, vi è considerata un'altra figura escludente al tutto la nozione del patto in discorso. Perchè, affermare la validità del patto per il quale il costituente la sicurtà reale è obbligato a dare al creditore la proprietà della cosa onerata, facendola estimare da periti, e tenendola in pagamento fino alla concorrenza della somma garantita, non è asserire un'eccezione al divieto del patto commissorio: il creditore riceve non il valor della cosa, ma la cosa stessa in proporzione del *valore* garantito, e deve il prezzo eccedente. Questo è vero regolamento di rapporto tra le parti in conseguenza del pegno, che richiede di necessità la riduzion della cosa in valore: ed il creditore acquirente computa nel prezzo la somma garantita, e compensa fino a misura di essa (3). Il patto si riduce dunque ad una *datio in solutum*, con l'osservanza essenziale dei termini che salvaguardano la entità del pegno; tant'è, che nel *pegno speciale* il creditore ha diritto di instare per questo regolamento, anche in difetto di patto (4).

---

(1) S'avverta poi, che avverso questa risoluzione, stanno le obbiezioni fatte contro la teoria ond'è dedotta. V. il n. precedente.

(2) V. il rinvio fatto nella n. precedente. App. Roma, 24 febbr. 1891 (*Temi rom.*, 1891, 112).

(3) L. 3 C. *de pact. pign.* cit. Cod. civ., art. 1884, al.: Cod. civ. fr., art. 2078 al.; Cod. civ. austr., art. 461; C. civ. sass., § 475; Cod. civ. spagn., art. 1859 (nel cap. che comprende in generale i diversi mezzi di sicurtà reale); Cod. civ. port., a. 864; Cod. civ. del Guatem., art. 2095; Cod. civ. del Chilì, art. 397 in f.; Cod. civ. del Messico, a. 1919: Cod. civ. del Basso Canadà, art. 1171, *a* (salve le eccezioni speciali che vi sono ordinate). Cfr. Cod. civ. dell'Urug., art. 2263.

(4) Cod. civ., a. 1884 cit. Questo punto avrà maggior chiarimento nella parte

Digitized by Google

259. La creazion del pegno avviene mediante convenzione, quando concorrono assenzienti a questo fine il creditore ed il costituente la sicurtà, o direttamente, o pur mediante altre persone contraenti in loro nome: lasciata da parte ogni question di prova (1), nel consenso delle parti interessate s'ha l'elemento essenziale del negozio, non proprio soltanto al pegno ma insito nella nozione generale dalla convenzione.

La quale ha per fine con la creazion della garanzia l'*alienazione* del valore contenuto nella cosa onerata: onde la necessità, perchè l'atto sia valido, del potere di disporne presso chi la grava di sicurtà (2). Concetto largamente dichiarato nell'esposizione degli elementi essenziali del rapporto di garanzia; dove s'è discussa la validità del pegno di cosa altrui conceduto all'infuori dei casi in cui a favor del creditore stia il princìpio della virtù del possesso di mobili corporali o di titoli al portatore (3): e risoluta nel senso della convalidazione possibile, argomentando da considerazioni storiche e dalla costruzione stessa del rapporto di vendita, dove per l'evizione s'ha la nota regola, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Nè basta di avere il diritto, perchè si possa validamente disporne:

---

speciale; si può avvertire fin d'ora che è modo eccezionale di liquidar privatamente la cosa, salvaguardando l'interesse del debitore, ed il fine del pegno.

Il patto cui si è accennato, può contenere dunque la vendita condizionale, oppure una semplice promessa di vendita; e siccome con questo mezzo vien regolata la trasformazione della cosa in valore, nè il patto ha dunque in sè nulla di contraddicente ai termini essenziali del pegno, non occorre che il valore stabilito risponda al *giusto* prezzo della cosa. (Cons. DERNBURG, op. cit., § 124; RÖMER, *Leist., a. Zahlungstatt* (Tübing., 1866), p. 151 e segg.). S'intende, che il patto non terrebbe, se fosse dimostrato che con esso s'è voluto eludere la legge vietante la l. commissoria; e s'intende pure, che, nella specie di sicurtà immobiliare il debitore venditore ha l'azione per lesione nei termini voluti dalla legge.

(1) La questione della *forma*, in quanto occorre per l'esistenza del negozio, oppure per la semplice prova, sarà discussa nalla parte speciale. Il mandato qualificato ha nel diritto odierno il carattere di prestazione di sicurtà, che per i modi coi quali fosse consentita, potrebbe aver qualità di reale. V. da ultimo la mon. del COVIELLO, *Il mand. qualificato* (Napoli, 1891).

(2) Del pegno consentito dal non *proprietario* della cosa onerata (intendi: da chi non abbia il diritto rispetto al quale è costituito il pegno), s'è detto già precedentemente.

(3) Su ciò, v. Cass. Napoli, 14 luglio 1892 (*G. del Proc.*, XXV, 330); A. Douai, 20 giugno 1892 (*J. du Pal.*, 1892, 2, 161); 26 genn. 1893 (*J. du P.*, 1893, 2, 233).

Digitized by Google

è necessario se ne abbia l'esercizio, e questo derivando dalla capacità dell'agente, è pieno oppure più o meno ristretto a seconda della capacità, o dell'incapacità totale o parziale della persona. L'atto di dare a pegno è disposizione, e quindi eccede dai termini della semplice amministrazione alla quale sia limitata la capacità: perciò il minore non emancipato e l'emancipato (1), l'interdetto (2) e l'inabilitato (3) non possono dare cosa in pegno. Questa la regola: ma coerentemente al principio fondamentale posto, è necessario poi di ricercare se nella semplice amministrazione non entri la possibilità giuridica di alienare certe cose, come i frutti dei fondi: dato un potere più ampio della pignorazione, è assurdo argomentare dal concetto astratto di semplice amministrazione, per dire ch'essa è vietata. La regola è posta dunque più esattamente, quando senza fermarsi alla distinzione di atti eccedenti o contenuti nel potere di semplice amministrazione, si torni all'antico principio che è idonea alla pignorabilità ogni cosa suscettibile di alienazione: e portando nella parte *soggettiva* della pignorabilità la ragion di decidere ch' è in esso, si può asserire la *capacità di dare a pegno in chiunque abbia capacità di alienare* (4).

Ma s'intende, che il debito per il quale si dà il pegno deve dipendere da un atto che il costituente abbia capacità di creare: altrimenti, con l'invalidità del rapporto principale manca la ragion di essere a quello diretto a garantirlo (5). Perciò, chi, avendo la semplice amministrazione, può alienare e quindi dare a pegno certe cose, fa concorrere validamente questo atto quando lo riferisce ad altro ch'egli abbia parimenti potestà di compiere.

Può obbiettarsi contro la dottrina esposta, che v'ha differenza tra l'alienazione contenuta rispetto a certe cose nella facoltà di semplice amministrazione, ed il pegno: quella è vero atto di amministra-

---

(1) Cod. civ., a. 317.

(2) Cod. civ., a. 329.

(3) Cod. civ., a. 339.

(4) L. 8 C. *de pign.* (VIII, 16). Cod. civ. it. a. 1974; e la disposizione generale del Cod. civ. spagn. a. 1857, 3°.

(5) Qui è parola della sicurtà offerta dallo stesso debitore; se nella sicurtà prevale il concetto di *garanzia* (sicurtà data da un terzo), occorrono altri concetti. V. su questo punto, quel che s'è detto sulla *validità dell'obbligazione garantita*, nel discorso sugli elementi esenziali del pegno: e quindi sull'art. 1899 del Cod. civile.

Digitized by Google

zione, perchè necessaria al buon governo del patrimonio, nel quale entra il *prezzo* in sostituzione dei frutti o delle cose facilmente deperibili, di cui s'è fatta alienazione: e tale non è il pegno, dove non è commutazione di valori, e che può nascondere danni gravi all'azienda patrimoniale. Ma data l'entità odierna del pegno, e di ciò persuadono le norme ordinate rispetto ad istituti speciali (1), par più logico argomentare dal principio generale esposto: limitato da quei casi, in cui la distinzion del potere di *vendere* da quello di *pignorare*, fosse manifesta (2).

Talvolta, e ciò dipende dalle ragioni onde riman diversamente giustificata l'*incapacità* (3), la restrizione alla capacità di alienare, e di dare a pegno è limitata a seconda dell'oggetto; è ordinata rispetto alle cose immobili, non alle mobili, e qui riapparisce il concetto del maggior valore, e però della maggiore importanza attribuita a quelle su di queste ultime (4). Così, la donna maritata senza l'autorizzazione maritale o la giudiziale, dove sia necessario ricorrervi, non può *alienare* e quindi *ipotecare* le cose *immobili* (5): incapacità ordinata eccezionalmente per considerazioni di ordine famigliare, e perciò regolata col criterio speciale dell'esame e della valutazione dei singoli atti. Onde la impossibilità di estenderla oltre i casi per i quali è stata introdotta nella legge.

260. Si dà a pegno, non soltanto concorrendo all'atto direttamente, ma anche per mezzo di rappresentante, secondo le norme generali (6). E qui occorre la distinzione della rappresentanza *necessaria, legale*, dalla volontaria: in quella, la legge stessa che l'ordina determina l'estensione dei poteri conceduti al rappresentante, in questa li designa la volontà del rappresentato (7). Nella rappresentanza necessaria è fatto divieto in genere di alie-

---

(1) L. sul Cred. agrario cit.

(2) P. es., C. civ., a. 290.

(3) V. su questo argomento Chironi, *Istit. di D. C.*, § 29.

(4) Concetto ch'è pur fondamento della disposizione contenuta nell'art. 707 del Cod. civ. V. Chironi, *La valid. dei doni man.*, cit.

(5) Cod. civ. a. 134.

(6) V. Chironi, op. cit., § 74.

(7) Che per gli atti eccedenti la semplice amministrazione dev'essere espressa (Cod. civ., a. 1741 al.): manifestata cioè in modo da potersi agevolmente indurne la comprensione.

Digitized by Google

nare, e quindi di dare a pegno (ipoteca, pegno), al genitore che eserciti la patria potestà (1), al tutore (2), senza il concorso dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, omologata dal Tribunale (3): la rappresentanza ordinata nell'interesse di persone incapaci è modo di far valere la tutela cui la società è tenuta verso di esse, e quindi le garanzie pensate per il vantaggio del tutelato (4). Ma ancor qui, la regola generale dev'essere intesa in modo da non farla contraddire alle eccezioni: perchè se il divieto di alienare fosse al tutto assoluto, non s'intenderebbe la facoltà di alienare contenuta di necessità tra i poteri di semplice amministrazione attribuiti in genere (5), nè il potere di alienare conceduto specialmente per certe cose (6). E come quel divieto dev'essere accolto con questi limiti, dev'esserlo del pari l'altro di dare a pegno: nè può far difficoltà la differenza tra la vendita ed il pegno, rispetto agli atti di semplice amministrazione consentiti a persone incapaci.

La rappresentanza volontaria, risulta dal mandato conferito (7), o dalla ratifica intervenuta posteriormente all'atto ed in condizioni tali da poter effettivamente retroagire; o dalla gestion di affari, utilmente tenuta, così da costituire il vincolo della rappresentanza tra il gestore ed il *dominus*.

261. Il mandato e la gestion di affari dànno materia a due questioni gravi. Perchè dell'estensione del mandato concepito in termini generali, si può dubitare: ma nel dubbio, quando cioè la volontà non sia chiaramente manifestata, non si può ritenere sia stata conceduta la facoltà di dare a pegno, nè su questo punto è ammissibile la virtù dell'interpretazione (8): l'intendimento di mandare a fin di compiere atti di disposizione deve risultare nettamente, dovendosi

---

(1) C. civ., a. 224.

(2) C. civ., a. 296.

(3) C. civ., a. 301.

(4) Cons. CHIRONI, *Istit. di D. C.*, §§ 29, 415 e gli Aut. ivi citati.

(5) Così nell'art. 224 Cod. civ.

(6) Come rispetto al tutore ordina l'art. 296 Cod. civ.: sebbene i poteri speciali consentiti diano modo di porre ancor qui quella regola generale espressa altrove.

(7) La *forma* del mandato darà oggetto di studio nella parte speciale.

(8) S'intende, *quando nel mandato occorressero soltanto i termini generali* di cui s'è detto; all'infuori di tal caso, si rientra nella regola comune d'interpretazione del negozio giuridico.

Digitized by Google

presumere che quando si vuol dar incarico di compiere atti dispositivi così gravi, lo si dia in *termini espressi* (1). E di questa dottrina, che parrebbe contraria ai principî ricevuti sull'interpretazione del negozio giuridico, s'ha prova manifesta nella legge; la quale, regolando il mandato, dispone non contenersi nel mandato generale facoltà eccedenti gli atti di amministrazione, presumendosi nel silenzio la volontà di non conferirle (2): dove parrebbe quasi di aversi una limitazione ai poteri attribuiti al mandatario, giustificata dalla presunzione di volontà (3). Questo concetto dà la ragion di decidere nell'esame dell'estensione del mandato conferente il potere di alienare; tenendo i principî generali fissati sull'argomento (4), si dovrebbe dire che nell'alienazione è compresa la pignorazione, e quindi nella facoltà di alienare ancor l'altra di pignorare: ma qui i principî debbono piegare di fronte ad un altro principio speciale governante il mandato, la restrizione cioè nell'intelligenza delle facoltà conferite al mandatario, presumendosi che il mandante non voglia spogliarsi di facoltà maggiori di quelle espresse nell'atto. Alienare vale in genere disporre; ma siccome val pure vendita, è necessario di chiarire col sussidio di criterî speciali qual significato abbia tenuto presente il mandante.

I termini della gestion di affari dichiarano quando si debba tenere validamente consentito il pegno dato dal gestore su cose spettanti al *dominus*. Una difficoltà che nasce rispetto alla gestione in genere, è la così detta gestion di affari oggettivamente costituita; sapere cioè, se esista gestione di affari per il fatto dell'utilità procurata ad altri, senza preoccuparsi dell'intendimento del gestore, il quale potrebbe quindi amministrare credendo di provvedere a cosa propria non di altri (5). Ma questa dottrina ha contro di sè la

---

(1) V. sul valore di questa locuzione la n. 7 della pag. 539.

(2) Cod. civ., a. 1741 cit.

(3) Parrebbe, ma non è; perchè si presume la volontà ristretta a quei termini ordinati dalla legge.

(4) Nel rapporto tra cosa alienabile e cosa pignorabile.

(5) Di tal questione, della figura della *versio in rem*, è occorso altra volta di tener parola; par certo, che, dove si badi allo sviluppo della teoria sulla gestione di affari e sulla *versio in rem*, non si possa accettare nel diritto odierno gran parte dei risultati cui vorrebbe giungere una recente teoria dedotta da lavorio critico sui fonti di diritto romano. Pur ammettendoli, è necessario di esaminare se quel contenuto ampio della gestione nel diritto romano non dipenda da necessità socio-

Digitized by Google

ragione e la storia dell'istituto; estendendo di molto ed alterando la dottrina romana, si venne determinando nel diritto intermedio e nell'odierno, la figura della *versio in rem*, dov'è appunto contenuta l'utilità recata al patrimonio altrui senza che l'agente avesse animo di rappresentare l'interessato, nè esista giusta causa di arricchimento (1). Ora, se occorresse questa figura, il pegno consentito dall'agente non avrebbe consistenza, mancando l'elemento della rappresentanza: il creditore potrebbe valersi dell'azione spettante al debitore agente in virtù del divieto d'illecito arricchimento (2), ma la garanzia reale non terrebbe certo.

262. I principî esposti si riassumono nella regola, che la creazione valida del pegno avvien per opera di chi abbia la disposizione del diritto, e la capacità di esercitarla: due termini essenziali dell'atto, che debbono esistere *quando la creazione dell'atto ha luogo*, al qual tempo ne vien ritratta la virtù se la creazione fosse soggetta a condizion sospensiva.

Può accadere che il primo di questi due termini faccia difetto, e pure la creazion del pegno non perda di validità; e per dichiarare e giustificare l'affermazione, è mestieri di esaminare, in quali casi la risoluzione del diritto del concedente non tolga i diritti da lui conceduti sulla cosa: quando cioè, s'abbia la risoluzione *ex tunc*, oppure *ex nunc*. A facilitare e determinare la ricerca, s'escludono qui due ipotesi: quella di chi non ha sulla cosa altro rapporto se non quello che gli viene dalla presunzione di proprietà contenuta nel possesso: il rivendicante, dimostrando l'assenza del diritto e quindi del potere di disporre nel concedente, accerta l'invalidità della concessione di sicurtà da lui consentita, nè basta perciò che

---

logica e giuridica di conciliare il divieto di arricchimento illecito coi mezzi procedurali in uso, e coi termini strettissimi della *versio in rem*; e se la separazione, la determinazione integratrice che nel diritto intermedio avvenne, non risponda ad uno svolgimento giuridico necessario del rapporto di rappresentanza, sebbene l'elaborazione della teoria della gestione non sia esente, neppur oggi, da contraddizioni nei particolari. V. le due monografie cit. del Cogliolo e del Pacchioni; di quest'ultimo v. ora *La gestione degli affari altrui* (Lanciano, 1893). Sui termini della *v. in rem*, nascenti dal divieto di arricchimento senza giusta causa, v. ora Cass. fr. 15 giugno 1892 (*J. du Pal.*, 1893, 1, 281), e Labbé in n.

(1) V. Cass. fr. cit., e Labbè, l. cit.

(2) Cod. civ., a. 1234.

Digitized by Google

il concedente sia rimasto perdente nel giudizio possessorio, dove non è affermazione del diritto, rispetto al quale, per la diversità della materia, il giudicato non ha influenza. La seconda ipotesi è la *nullità* dell'atto, per il quale il concedente ha ottenuto il diritto venuto poi nel rapporto di pegno: la nullità è nel titolo, e toglie col diritto il potere di esercitarlo; ma se esiste rispetto all'acquirente, l'atto suo di disposizione creando il pegno, può indurre, quando esistano i termini necessari, la rinuncia a proporla (1); e se esiste rispetto al transmittente, la creazion del pegno indica la volontà sua di valersi della nullità per mezzo del creditore (2).

La ricerca accennata è ristretta alla risoluzione propria: risoluto il diritto del concedente, si deve perciò risolvere il pegno ch'egli avesse consentito sulla cosa cui la risoluzione si riferisce? A ciò risponde la dottrina generale sugli effetti della risoluzione *rispetto ai terzi* (3). L'antica distinzione tra la risoluzione necessaria e volontaria (4), chiarita col considerare la causa risolutiva come inerente all'atto stesso (*res. ipso iure*), o pur come al tutto accidentale, derivata da un fatto posteriore ma influente sull'esistenza dell' atto, è sempre il fondamento della dottrina odierna. Nei quali termini entra la teoria che alla risoluzione *ex nunc* dava per fondamento l'ingiustizia dell'attribuire al concedente, dal quale dipende la risoluzion dell'atto, la facoltà di porre nel nulla il diritto reale da lui prima assentito (5); il successore ha ragion di credere, ch'egli, in seguito alla creazione del rapporto, abbia volontà ed interesse di tener lontani quei fatti, dipendenti da lui, dai quali deriva necessariamente l'abolizione del diritto ch'egli ha esercitato. Onde la dottrina che respingeva la retroattività della condizione risolutiva, quando l'avvenimento dipendesse dalla volontà di chi nell'intervallo avesse consentito un diritto reale sulla cosa cui la condizion si ri-

---

(1) Quando cioè esistano i termini della conferma, chè altra cosa non è l'atto del concedente descritto nel testo; il suo è atto di esecuzione del rapporto, contenuto necessariamente nell'esercizio di un diritto che in esso ha fondamento. Cod. civ., a. 1309 al.

(2) Il quale può quindi far valere la nullità, per via di azione, o di eccezione.

(3) V. Chironi, *Istit. di D. C.*, § 71 e Aut. ivi citati.

(4) V. specialmente Salgad., op. cit., p. 2, c. 13, nn. 12 e segg.; Antonell., *De tempor. legal.*, l. I, c. 67, nn. 2 e segg.; Zanch., op. cit., ex. I, § 9, nn. 7 e segg.

(5) V. la n. precedente.

Digitized by Google

feriva (1); e l' affermazione è contenuta nella seconda parte del concetto esposto, esprimente la risoluzione *ex nunc* quando deriva da un fatto non compreso tra i termini essenziali del rapporto, come s'ha nel caso di obbligazione che l'acquirente avesse tolta su di sè, e poi non effettuata.

La dottrina antica richiedeva per la risoluzione *ex nunc*, il concorso di un termine soggettivo, la buona fede di chi nell'intervallo avesse acquistato diritto sulla cosa; il diritto odierno ha provveduto a togliere ogni occasion di dubbio su questo punto, valendosi dell'istituto della trascrizione (2). Per questa hanno pubblicità gli atti pei quali è ordinata: e quando chi si vale della causa risolutiva trascrive la domanda, fa conoscere ad ognuno vi abbia interesse l'avvenimento di quel fatto estraneo agli elementi essenziali dell'atto, ma influenti sull' esistenza dell'atto stesso, onde l' impossibilità di eccepire la buona fede a trascrizione effettuata. Anteriormente a questo fatto, la buona fede è presunta, *ed in via assoluta* (3), com'è presunto il contrario dopo effettuata la formalità; perciò riman valida la *costituzione* della sicurtà su cose immobili (seguita anteriormente alla trascrizione) (4). Costituita non creata: la *sicurtà* esiste, quando è adempita la forma occorrente per dare all'atto la pubblicità necessaria.

Rispetto ai mobili, il principio che governa l'efficacia giuridica del possesso dei mobili corporali, afferma il diritto dei terzi possessori di buona fede, e ristringe gli effetti della risoluzione a favor della garanzia costituita (5); nel *pegno* dei crediti, l'osservanza delle forme che ritraggono dalla cessione (6), ed i concetti fondamentali della dottrina odierna sugli effetti della risoluzione di fronte ai terzi, dichiarano qual sia la resistenza della garanzia costituita.

263. La sicurtà reale può essere consentita non soltanto dal debitore, ma anche da un terzo, immediatamente o pure ratificando il

---

(1) V. i rinvii fatti nelle due note precedenti.

(2) V. CHIRONI, l. cit.

(3) V. CHIRONI, l. cit.

(4) Cod. civ., a. 1080, 1308, 1511.

(5) V. App. Douai, in n. 3 a p. 537; e rispetto ai titoli al portatore, assimilati ai mobili corporali, v. pure App. Lione, 6 luglio 1889 (*J. du Pal.*, 1892, 2, 37).

(6) Cod. civ., a. 1881 cit.

Digitized by Google

fatto del debitore o di altri non proprietari della cosa (1); e mentre che se costituita dallo stesso debitore su cosa propria, o su cosa altrui condizionatamente all'acquisto ch'egli ne farà (2), vi domina il concetto di esecuzione specializzata, e la garanzia è nella prelazione (più propriamente, la prelazione deriva dall'estimazione di valore), quando è costituita da un terzo vi domina al tutto la figura della garanzia vera. E allora, la sicurtà reale ritrae grandemente della fideiussione; tant'è, che, secondo s'avverti (3), la possibilità giuridica di far garanzia reale per altri dovette sorgere ad imitazione della garanzia personale, quando si cominciò a determinare il concetto vero del rapporto di pegno. La differenza tra i due istituti è segnalata dalla diversa entità dei rapporti, personale l'uno, reale l'altro: in quello, la garanzia è obbligazione, in questo, rapporto reale con la cosa; perciò, le regole governanti le relazioni tra il fideiussore ed il creditore, il fideiussore ed il debitore, e più fideiussori, si possono trasportare nella materia della garanzia reale prestata da terza persona, con quelle limitazioni imposte dalla *realità* del rapporto, e dai caratteri proprî di questa qualità (4).

264. La garanzia può essere validamente creata a favor del *creditore* capace di acquistare; chè se non avesse la capacità necessaria, siccome l'incapacità derivando da ragione di protezione personale dà causa a nullità tutta relativa, la garanzia non rimane perciò creata meno validamente verso di lui. L'incapacità potrebbe anch'essere speciale: e in tal caso, argomentando dal principio vietante di estenderla oltre i termini in cui la legge ha inteso di contenerla, il divieto di acquistare dev'essere ristretto all'acquisto in senso speciale (5); quando la virtù della legge proibitiva non fosse

---

(1) *Ratifica* non sempre propria; può occorrere anche la figura della conferma: ed in ambi casi, è sempre insita la riserva *rebus adhuc integris*. Cod. civ., a. 1309. Del pegno su cosa altrui, s'è di già ampiamente discorso.

(2) S'intende, che in questo secondo caso l'efficacia della creazione del vincolo è tenuta nei termini esposti.

(3) V. i cap. I e II.

(4) V. in seguito, nello studio sugli effetti della garanzia reale validamente costituita. Cfr. rispetto all'affermazione fatta nel testo, Cass. Torino, 4 ott. 1873 (*Monit. trib.*, 1873, 1072); Cass. Roma, 6 febbr. 1892 (*Giur. ital.*, 1892, 101). Cons. Cass. Palermo, 25 giugno 1892 (*Foro it.*, 1892, 1, 1256).

(5) L. 24 D. *de pign.* (XX, 1). Cons. NEGUSANT., op. cit., m. 3, p. 2, nn. 69 e segg.; DERNBURG, op. cit., § 24. Nel senso esposto nel testo, Cod. civ., a. 1457:

Digitized by Google

tale da doversi togliere la voce alienazione, e l'altra corrispondente di acquisto, nel senso ampio, includente pur l'alienazione del valore mediante sicurtà reale.

L'acquisto della garanzia reale può esser fatto al creditore personalmente, o pure al suo rappresentante: sia questo un mandatario vero od un gestor di negozio; al mandatario, è parificato l'agente in seguito della ratifica. Che se altri stipulasse a favor del creditore considerato come terzo, l'acquisto della sicurtà dev'essere regolato secondo i principî governanti la stipulazione per altri (1): e sebbene possa parere che il concetto qui accolto dall'obbligazione (2) debba indurre logicamente la validità della stipulazione per terza persona, senza che occorra accettazione del beneficiario, e quindi senza diritto di riserva a tal fine da parte dello stipulante (eccetto che le parti avessero voluto altrimenti): certo è, che la storia della legge, le sue disposizioni, e l'entità stessa del rapporto di obbligazione, si oppongono all'accoglimento di questa dottrina (3). Si potrebbe giungere agli effetti di tal costruzione, fingendo la cessione immediata dallo stipulante al beneficiario: il quale con l'accettazione rende perfetta la cessione che per il modo di essere del negozio è necessariamente a conoscenza del debitore (4).

Ma il proprietario della cosa, o soggetto del diritto pignorabile, non può staccare rispetto a sè medesimo il diritto di pegno dal diritto fondamentale cui si riferisce; la costruzione dell'*ipoteca su di sè medesimo*, com'è accolta in alcune legislazioni (5), non è giustificata esclusivamente da considerazioni sul contenuto giuridico dell'istituto, sibbene dalla *forma* con la quale s'effettua il trasferimento reale del diritto: la parte tecnica soccorre assai la giuridica.

---

dove l'incapacità dipende non da favore verso l'incapace, ma da proibizione ordinata contro di lui, ed a vantaggio di altri.

(1) V. sul concetto del contratto a favor di terzi, le cose dette nella n. 3 a p. 527, e gli Aut. ivi citati.

(2) V. il cap. II. Certo, se si dovesse argomentare dal concetto proposto di alienazione di valore, il rapporto contrattuale, come alienazione consentita dall'obbligato, dovrebbe validamente esistere rispetto al terzo per cui s'è stipulato, sebbene in alcun modo presente al negozio; ma si osserverà, che l'elemento patrimoniale non è staccato, nè per l'entità dell'obbligazione è ciò possibile, dal personale.

(3) V. la n. precedente in f.

(4) V. il rinvio fatto nella n. 1. Cons. WINDSCHEID, l. ivi cit.

(5) L. pruss., 5 mag. 1872, §§ 27, 64, 65; Prog. del Cod. civ. germ., §§ cit.

Digitized by Google

Perchè posta la separazione assoluta dell' atto creativo del pegno (o diritto reale immobiliare in genere) dalla costituzione reale di esso mediante l'iscrizione nel libro fondiario, e tenuto il concetto dell'indipendenza quasi totale dei due istituti, parve logico doversi decidere rimaner sempre la sicurtà reale, permanendo l'iscrizione: onde la possibilità, benchè estinta l'obbligazione, dell'esistenza del pegno riferentesi al proprietario della cosa onerata (1). La legge patria non ripugna a questo concetto, in cui non si afferma la possibilità che l'*ipoteca* nasca a favor del proprietario della cosa (2), che non può avere una ragion di credito contro sè stesso, e perciò una garanzia reale, in cui si esprime la possibilità che la garanzia ritenga la propria entità rispetto al proprietario (od altro titolare del diritto ipotecato), dopo estinto il credito; sebbene la relazione tra l'atto creativo e l'atto costitutivo dell' ipoteca sia al tutto diversa da quella or accennata. La possibilità della sopravvivenza del diritto reale costituito rispetto ad altro diritto, dopo che sono occorsi i termini della confusione, esiste già nell'istituto della destinazione del padre di famiglia: una servitù estinta per confusione rivive, sebbene prima della separazione onde la destinazione trae efficacia giuridica, il proprietario non esercitasse la servitù come tale, chè non potrebbe, ma come potere contenuto nel diritto di proprietà (3). Quest'*apparenza* del diritto reale di servitù (non essendo la continuità elemento essenziale per la destinazione (4), trova analogia per l'ipoteca, nella *pubblicità* derivante dall'iscrizione ipotecaria : il proprietario non può valersene, perchè il valore rappresentato dall'ipoteca esiste per lui nel diritto di proprietà, ma la separazione ridà vita al rapporto d'ipoteca com'era di già costituita, secondo la data ed il grado (5). Della quale affermazione s'avrebbe parimente prova nell'isti-

(1) Che abbia ottemperato ai termini richiesti all'uopo: L. pruss. cit., §§ 64, 65.

(2) Altro è il concetto del debito fondiario, e dei certificati che il proprietario può chiedere. L. pruss. cit., § 27. Cons. ACHILLES, op. cit., su q. §.

(3) Cod. civ., a. 632, 633. Di questo concetto, fondato appunto sull'istituto ricordato, s'è tenuto già parola; e più occorrerà discorrerne nella parte speciale dell'ipoteca. La destinazione del padre di famiglia è rappresentata qual *modo di costituzione* (nuova) *della servitù;* ma unendone il concetto fondamentale all'altro della *confusione*, l'affermazione posta nel testo è ben giustificata.

(4) Cons. su questo punto controverso, CHIRONI, *Quest. di D. C.*, pag. 25, 97, 99. E conf. Cass. fr., 27 apr. 1887 (*J. du Pal.*, 1890, 1, 1136).

(5) La dimostrazione più particolareggiata di questo punto, è riservata alla trattazione speciale dell'ipoteca. Sulla dottrina accennata nel testo, cons. Cass. di Na-

Digitized by Google

tuto della *surrogazione* consentita al terzo possessore nell'ipoteca dei creditori da lui soddisfatti, e nel risorgere dell'ipoteca a lui spettante, quando non potesse tenere la proprietà della cosa (1); ma questo punto abbisogna di speciali dichiarazioni (2). La questione è ristretta all'ipoteca; nel pegno speciale la restituzione della cosa in seguito all'estinzion del debito garantito, ed il possesso, escludono la possibilità di separare comunque le due relazioni giuridiche descritte, di proprietà e di garanzia.

Il ragionamento dedotto dalla realità del rapporto e dalla coesistenza di esso col diritto di proprietà, onde la possibilità che rimanga giuridicamente sebbene non esercibile come tale dopo avvenutane la riunione a quest'ultimo, è confortato da considerazioni sulla *forma* ordinata dalla legge per l'acquisto dei diritti reali immobiliari. Queste considerazioni spiegano come nel debito fondiario il proprietario possa *fin da principio* avere un rapporto reale sulla cosa sua (3); emessi i certificati di debito su di un fondo, il debito reale esiste dal giorno in cui è constatata nel registro la emissione, anche se le cartelle si trovino sempre presso il proprietario: il quale ha operato la conversione in valore di tutto o di parte del fondo, e la proprietà rimane presso di lui con la modificazione che ha voluto. Vero è, ch'egli non è qui personalmente tenuto, ed aliena effettivamente il valor del fondo; ma è sempre dimostrata la possibilità del concorso nella stessa persona del diritto di dominio e di un diritto reale su di esso.

265. Delle cose su cui si può creare l'onere della garanzia, s'è detto nello studio generale sugli elementi della sicurtà reale; e s'è pure avvertito a quel ch'è caratteristico del pegno *volontario*, la indicazione *speciale* delle cose dedotte nel rapporto (4).

---

poli 10 luglio 1888 (*Gazz. del Proc.*, XXII, 472); App. Casale, 10 febbr. 1890, *Giur. Cas.*, 1890, 91); e la sentenza della Cass. di Torino 13 febbr. 1891 (*Foro it.*, 1891, 1, 603), che posto il concetto della non estinzione dell'ipoteca per il seguito acquisto del fondo onerato, ritien giustamente la validità della cessione fatta dal proprietario.

(1) Cod. civ., a. 2022; a. 2017, comb. con l'art. 1253, 2°. Si ha qui il concetto esposto dell'ipoteca del proprietario: v. L. 3, C. *de his qui in prior.*, VIII, 18. V. specialmente su di ciò, Buchka, *D'Hypoth. d. Eigenthümers* (Wism., 1875).

(2) V. il rinvio fatto nella n. 1, pag. 546.

(3) V. la L. germ. cit., § 27.

(4) Cod. civ., a. 1880, 1979. V. il cap. II.

Digitized by Google

La volontà di concedere la garanzia reale, e di accettarla, dev'essere manifestata secondo le norme generali sull'estrinsecazione della volontà per la creazione del negozio giuridico: lasciata, per ora, da parte ogni considerazione sulla *forma* ordinata dalla legge a fin di farne constare l'esistenza. La qual manifestazione può avvenire in modo *espresso* o pur *tacito*, se vi ha un fatto certo così da non potersi intendere altrimenti che per volontà di creare il pegno, o di accettarlo sè l'accettazione è necessaria, secondo avviene nella costituzione della garanzia reale per via di convenzione.

La volontà di costituire il pegno è *espressa* ancor quando non sia adoperato propriamente il nome specifico della garanzia reale: basta enunciare il contenuto del rapporto, o le parti principali di esso, in modo da non potersi dubitare s'intenda dire del pegno, e di quale. Così, se il costituente fosse il debitore, ben si rileva di tal volontà quando avesse detto di costituire il debito su *cosa* (mobile od immobile) determinata (1); parimenti avviene, se il debitore avesse detto di consentire al creditore il diritto di alienare una *data cosa* (2), perchè l'alienazione è il modo legittimo di esercitare il diritto di pegno a fin di ridurre la cosa in valore.

Avviene *tacitamente* la manifestazione della volontà, per mezzo di fatti nei quali è indubbiamente contenuta; come s'avverte nel caso di un terzo il quale abbia firmato lo scritto della sicurtà, riferentesi in modo manifesto a cosa spettante a lui; nel silenzio, sta la certezza del suo consenso di sottoporre ad onere la cosa propria per il debito altrui (3). Ma se della sua presenza, e della sua firma si avesse altra ragione dichiarativa, l'induzione non terrebbe: come s'avverte nel caso fosse intervenuto qual testimone; oppure, se desse fideiussione per un debitore che avesse dato a pegno la cosa appartenente a lui, perchè la volontà si riferisce alla garanzia personale, nè vi è ragione di estenderla alla conferma del pegno.

L'accettazione, quando sia necessaria per l'entità giuridica del negozio, può essere dichiarata in uno dei modi descritti; specialmente si deve notare come accettazione tacita il fatto del creditore, il quale presenta per la iscrizione l'atto o la scrittura di pegno cui

(1) Negusant., op. cit., p. 3, m. 1, nn. 3, 5; Merlin., op. cit., l. 2, tit. 3, q. 89, n. 1; Zanch., op. cit., ex. 4, § 2, n. 5. Cons. Sintenis, op. cit., § 26; Dernburg, op. cit., § 22.

(2) Negusant., l. cit., n. 4.

(3) L. 26, § 1 D. *de pign.* (XX, 1); Negusant., l. cit., n. 6.

Digitized by Google

si fosse tenuto estraneo (1). Nel quale fatto s'è voluto scorgere la figura della costituzione d'ipoteca per negozio giuridico unilaterale: e non esattamente, perchè il fatto del creditore non si riferisce all'atto creativo della sicurtà quasi esistesse indipendentemente dal suo concorso, ma contiene appunto questo termine essenziale (2). Mentre determina la iscrizione, e quindi la costituzion del rapporto di garanzia, integra giuridicamente il negozio che la crea per consenso delle parti.

Non rileva se il pegno sia stato creato con atto esclusivamente diretto a tal fine, oppure mediante *riserva* in occasion del trasferimento della proprietà, o del diritto, o dell'esercizio del diritto cui si riferisce. Perchè, stante la riserva, il trasferimento è fatto con la diminuzione del diritto prodotto dalla creazione del pegno, o dalla costituzione del potere di crearlo: nè rileva se il costituente è il proprietario, perchè il negozio è inserto nel trasferimento, nel fatto cioè che toglie a lui tal qualità. La riserva può riferirsi ad un credito già sorto, in cui il riservante sia debitore; e qui non occorre la disputa accennata sul valore del contratto a favore di terzo, perchè la riserva potrebbe parer *condizione* del contratto in cui è contenuto (3). E può anche seguire astrattamente, se l'acquirente riservasse a sè il diritto di costituire ipoteca sul fondo per una somma determinata; nè si avrebbe qui semplice promessa di creazione del pegno, e quindi un rapporto di obbligazione, ma un *potere* costituito direttamente sulla cosa, col contenuto di creare un rapporto di sicurtà reale, conservabile mediante la forma ordinata per costituirlo. Nell'atto del trasferimento, il proprietario che perde tal qualità diventa acquirente di una parte del valore del fondo (4): costituzion di rapporto giuridicamente possibile (5).

---

(1) Cod. civ., a. 1989.

(2) Secondo s'è già osservato, studiando il pegno creato per dichiarazione unilaterale di volontà.

(3) Cod. civ., a. 1128. V. la n. 1 a p. 546, ed il rinvio che vi è fatto. Nè, per il modo della riserva, l'acquirente può opporsi alla vera costituzione dell'ipoteca, se il terzo non avesse curata l'iscrizione prima della trascrizione; nè l'iscrizione tardiva, toglierebbe a lui la figura di terzo possessore, per dargli l'altra di terzo costituente sicurtà per il debito altrui.

(4) Cons. sull'argomento DERNBURG, op. cit., § 32. La riserva, secondo il concetto esposto, è atto dell'alienante: l'acquirente acquista il diritto trasmessogli, com'è in seguito di quella diminuzione. Non è dunque pegno creato da lui. Cfr. WINDSCHEID, op. cit., § 230 in f.

(5) V. su ciò il cap. II.

Digitized by Google

266. Al concetto di volontà tacita di dare e ricevere in pegno, si possono annettere alcuni casi speciali di sicurtà, esistenti per la volontà *presunta* delle parti: la legge, non argomentando principalmente da ragioni di prelazione verso la persona o l'istituto cui si riferisce la garanzia, ma considerando sopratutto la determinazione della volontà rispetto ad un dato rapporto giuridico, e ponendo questo, che ne è il risultato, in relazione al patrimonio delle parti, induce talvolta l'esistenza del pegno come contenuto nella volontà. La qual presunzione, per natura sua, non può essere estesa oltre la legge; non già che si voglia con ciò respingere ogni possibilità d'interpretazione: si vuol soltanto restringerla entro confini determinati.

Di questa presunzione si ha esempio nel pegno propriamente detto, con l'istituto del pegno *tacito* (1); nell'ipoteca a favor del venditore non ancora pagato del prezzo di vendita (2), ed in quella dei condividenti (3). Nei privilegi mobiliari speciali occorrono alcuni casi in cui s'è voluto rinvenire la figura del pegno tacito, e storicamente la costruzione sarebbe al tutto esatta (4): ma nel diritto odierno essa mal s'accorda al concetto di privilegio, e s'è già osservato che le norme dove parrebbe meglio delineato il concetto di garanzia, debbono essere dichiarate con altri criterî (5). Secondo i principî posti nello studio del privilegio, vi sarebbero casi speciali dove la figura del pegno non apparisce qual mezzo conservativo, sibbene come termine essenziale della prelazione; ed in questo concetto si potrebbe scorgere la nozione del pegno tacito. Ma badisi: qui il privilegio non è conseguenza del pegno, non è la necessaria manifestazione della garanzia reale: il privilegio è conceduto dalla legge in considerazione della *qualità del credito*, e se fosse inerente al pegno tacito, deriverebbe da altro fonte, la presunta volontà delle parti. Le quali considerazioni, onde riman tolta al *pegno* figurato in questi casi la qualifica di pegno tacito, dànno conferma della teoria esposta che lo ritiene termine essenziale del privilegio; non è *pegno* vero,

---

(1) Cod. civ., a. 1888. Di questo risultato, e degli altri cui si accennerà e che son qui ricordati soltanto per la determinazione esatta della teoria, si dirà in seguito.

(2) Cod. civ., a. 1969, 1°.

(3) Cod. civ., a. 1969, 2°.

(4) V. lo studio fatto sull'entità del privilegio.

(5) V. il rinvio fatto nella n. della pag. precedente.

Digitized by Google

e perciò non dà nascita al privilegio: questo ha qualità principale rimpetto ad esso, e giuridicamente lo assorbisce: onde la impossibilità di trattarlo come fosse *pegno* proprio.

267. Il pegno può essere creato mediante atto di ultima volontà, e la disposizione avrebbe figura giuridica di legato (1): non rileva ora la ricerca già fatta (2), per stabilire se la creazione della sicurtà reale possa avere, in sè, e quando, carattere di liberalità: si bada soltanto all'entità dell'atto di disposizione contenuto nel testamento, diretto a costituire un diritto reale di garanzia al quale il disponente non era costretto, o pur lo era, ma in virtù di atto non valido. In questo fatto del disporre in vantaggio di altri, liberamente, non con l'intendimento di soddisfare ad un'obbligazione, si hanno i termini della *liberalità*, nè occorre spingere l'indagine a fin di vedere se essa esiste nella costituzion della garanzia, e non soltanto nel *semplice fatto* dell'ordinarla: l'indagine è necessaria per definire il contenuto vero della disposizione (3), non per determinarla con la figura di legato. Posto ciò, siccome il legato esiste giuridicamente perchè contenuto nel testamento, la capacità delle persone che possono ordinarlo o riceverlo è determinata dalle norme ordinate su questo punto in materia di successione testamentaria (4); e attesa la figura del legato, hanno qui applicazione le regole che in materia di legati si riferiscono all' efficacia delle condizioni inerenti alla disposizione (5), alle *cose* che possono esserne oggetto (6), ed al tempo e modo dell' acquisto (7). Nel quale ultimo argomento potrebbe sorgere il dubbio, se in conseguenza della regola che ordina al legatario di chiedere il *possesso* della cosa (8), il creditore possa coll'iscrizione costituire l'ipoteca (chè per avere il possesso del *pegno* proprio non può sorgere difficoltà) soltanto dopo ottenuto a ciò il consenso dell'erede. Ora, la regola non toglie che il legatario

(1) Su questo argomento v. specialmente DERNBURG, op. cit., § 34. Altra costruzione tiene SINTENIS, op. cit., § 29.
(2) Quando nella disposizione siavi liberalità, s'è indagato a pagg. 529, 530.
(3) V. la n. precedente.
(4) Cod. civ., a. 762 e segg.
(5) Cod. civ., a. 848 e segg.
(6) Cod. civ., a. 829 e segg.
(7) Cod. civ., a. 862 e segg.
(8) Cod. civ., a. 863.

Digitized by Google

abbia immediatamente il *diritto reale* costituito nel legato, e non un semplice rapporto di obbligazione verso l'erede, che è ristretto soltanto al possesso già acquistato per legge al successore in virtù della rappresentanza; perciò, quando il diritto legato fosse tale da non essere idoneo al possesso, come avviene per l'ipoteca, non è necessario il consenso dell'erede.

Questa risoluzione fondata sull'acquisto del diritto al legatario per effetto del testamento, dev'essere modificata in conseguenza dei principî governanti la disposizione per sè; suppone cioè nel testatore la pienezza del diritto esercitato. Che se non l'avesse, non perciò la disposizione sarebbe invalida: ma non s'avrebbe l'acquisto diretto, sibbene l'obbligazione dell'erede a *dare* la cosa legata, come avverrebbe se il testatore avesse disposto di cosa dell'erede (1) o pur di altri: nel quale ultimo caso, se la disposizione tenesse giusta le norme sull'oggetto legato (2), e l'erede non potesse dar la garanzia ordinata, dovrà dare il valore consegnandolo a titolo di pegno (3). Garanzia su *altra* cosa non può dare, ostandovi la determinatezza del legato.

Anche le regole d'interpretazione osservate rispetto agli atti di ultima volontà (4) debbono essere qui seguite, perchè la disposizione è non soltanto estrinsecamente, ma anche intrinsecamente parte del testamento. E dalla dichiarazione si desumerà qual sia il volere del disponente; e si vedrà, se ordinando ad uno tra più eredi di dar garanzia per un debito ereditario, abbia inteso di addossare a lui solo l'onere del pagamento; e se ordinando all'erede di far garanzia per il debito altrui, abbia inteso di spingere la liberalità (qui al tutto *vera*) fino al segno di vietargli di chiedere il rimborso al debitore, caso il creditore abbia dovuto procedere sulla cosa onerata.

268. Nell'ipoteca ordinata mediante atto di ultima volontà esiste, secondo s'è avvertito, la garanzia reale creata per negozio giuridico unilaterale: risultato dipendente dalla relazione tra la volontà di crearla e l'atto dov'è contenuto, non ristretta a sole ragioni estrin-

---

(1) Cod. civ., a. 925.
(2) Cod. civ., a. 837.
(3) Sul pegno della moneta, v. quel che s'è detto nel n. 240.
(4) Chironi, *Istit. di D. C.*, §§ 70, 467.

Digitized by Google

seche, e attribuente alla disposizione carattere vero di legato. Perciò l'atto esiste giuridicamente, senza necessità di accettazione del creditore; e non ha fondamento la teoria che, preoccupata dalla ricerca del carattere di liberalità nella disposizione e spinta dall'apparente necessità di coordinare sistematicamente le cause di pegno *volontario*, asserisce che non v'ha creazione *volontaria* di sicurtà per il solo fatto del costituente: onde il pegno testamentario si ridurrebbe quasi ad un invito all'erede, cui spetta di crearlo validamente con l'accettazione del creditore (1).

Dimostrata l'esistenza del *legato*, non è poi dubbio si debbano osservare le norme generali ordinate dalla legge per l'acquisto di tale liberalità.

§ 2.

La creazione del pegno per via di legge: a) *pegno legale;* b) *pegno giudiziale.*

SOMMARIO. **269-276.** — Distinzione: pegno legale propriamente detto; pegno giudiziale. Generalità del pegno. Ricerche e risultati.

269. Di due specie vi ha pegno legale; pegno legale propriamente detto, e pegno giudiziale, dei quali il primo esiste nei casi determinati, dove la garanzia move da favore verso la persona o la ragion del credito, ed il secondo ha causa nella condanna giudiziale. Se ben si bada, le due specie di pegno fanno rispetto alla causa una specie sola, perchè la disposizione generale che a qualunque sentenza di condanna dà virtù di produrre ipoteca (e si vedrà che si restringe a questa il *pegno giudiziale*), è favore della legge indotto dalla forma constatante il credito. La qual considerazione darà modo di discutere in seguito la bontà di questo istituto, che si può reggere soltanto su ragioni storiche non più rispondenti al sistema odierno dell'esecuzione forzata sui beni del debitore condannato; a meglio giustificarla, occorre di specificare nelle sue caratteristiche il pegno legale propriamente detto, studiando le diverse figure che, sempre in questa qualità, può assumere.

---

(1) Cfr. SINTENIS, § 29 cit.

Digitized by Google

Il pegno legale *proprio* (non *proprio* secondo l'entità (1), ma giusta la distinzione fatta nella legge), deriva da favore verso la causa del credito, e perciò, meglio che del *pegno*, avrebbe la ragion di essere del privilegio. Tant'è: gran parte delle *ipoteche legali* del diritto romano e dell'odierno, cominciarono, secondo s'è osservato, con la forma di *privilegia exigendi*, e più tardi mutarono in ipoteche per il maggior favore ch'ebbero rimpetto ad altri privilegi; e badando a ciò, s'intende la figura dei *privilegi reali* accolta nel diritto francese. Che anzi, pare assai corrispondente al processo di formazione dell'istituto: nel diritto romano, la perfezione logica e giuridica dei concetti indusse l'ipoteca legale, ed il privilegio innestato su di essa; nel francese, il favor della legge, chè altro non era l'ipoteca legale, originò il concetto di *privilegio*, ed il maggior favore a fronte di altri crediti vi aggiunse la garanzia reale, onde il privilegio reale che, secondo gli interpreti, è *ipoteca privilegiata* (2). Questo s'avverte, non per giustificare il concetto di privilegio reale, che pure tende ad introdursi o mantenersi nell'interpretazione della legge patria, dov'è stata determinata correttamente l'ipoteca legale (3); sibbene per dare ragione dell'entità attribuita al pegno legale, e cioè il favor della legge verso la causa del credito.

E questo carattere rimane al pegno legale, ancor dove apparisce indotto dalla presunta volontà delle parti; vi ha come due cause: una diretta, immediata, è per l'appunto tal presunzione; l'altra remota, ma determinante la prossima, è il favore verso la ragion del credito. Concetto bene inteso dalla giurisprudenza del diritto intermedio, nel ricercare l'origine del pegno legale. Perchè a molti pareva che derivando il pegno dalla presunta volontà, si dovesse trattarlo non altrimenti da quello fondato sulla volontà espressa nella convenzione: e quindi, si dovessero seguire le norme poste in

---

(1) Non s'accenna cioè al pegno proprio, vero; ma a quel pegno *legale*, che per essere distinto dal *giudiziale*, pur compreso nell'appellativo generico di *legale*, è qui specificato con l'aggiunta del vocabolo *proprio*.

(2) BASNAGE, l. cit.

(3) Si è già notato nello studio tenuto fin qui dei privilegi, come la giurisprudenza tende a vedere nel privilegio immobiliare un rapporto reale: concetto derivato dalla legge francese, mentre nell'italiana la figura dell'ipoteca legale estesa a casi che nel diritto francese dànno materia al privilegio, è nettamente rilevata con termini affatto proprî.

Digitized by Google

quest'ultimo caso rispetto alla capacità delle parti (1). Motivo di dubitare, risoluto poi giustamente avvertendo alla ragion della presunzione, il favore cioè della legge; l'estimazione ch'essa fa del credito domina l'istituto, e quindi, posti gli estremi occorrenti per dargli nascita, non si può circoscriverlo in termini dedotti da incapacità delle parti.

270. Pure, se questa considerazione mostra la unità nella concezione del pegno legale proprio, l'altra della ragion prossima che apparisce in alcuni casi, toglie nella costruzione come un sopravvento, per cui riman distinto il pegno legale fondato sulla presunzione di volontà, dal pegno legale derivato soltanto dal favor della legge. Alla qual differenza specifica corrispondono poi altre caratteristiche, per cui si fissa meglio quella ragione per il pegno legale *tacito*, e la ragion del privilegio nel pegno legale *semplice:* adottando queste locuzioni per determinare le due specie del pegno legale *in genere*. Tra queste caratteristiche non si può comprendere un concetto che parrebbe derivare necessariamente dalle cose dette; la possibilità cioè di rinunciare al pegno tacito, perchè ogni presunzione di volontà deve cadere dinanzi alla contraria volontà espressa, e la impossibilità di farlo nel pegno legale semplice, inerente tutto com'è alla causa del credito: ma la decisione non è giusta, e si deve studiarla riannodandola alla question generale della virtù che l'accordo delle parti può avere dinanzi ad un provvedimento della legge in favore della *persona* o della *causa* (2), ed alle questioni relative agli istituti speciali dov'esiste questo provvedimento (3).

Una caratteristica fondamentale, desunta dal concetto esposto, è la *specialità* della cosa onerata nei casi d'*ipoteca* legale tacita:

---

(1) Cons. NEGUSANT., op. cit., p. 2, m. 4, n. 154.

(2) La ragione di dubitare della decisione, che indurrebbe una gravissima differenza tra le due specie d'ipoteca legale, sta in ciò: che anche nell'ipoteca legale semplice, per quanto v'entri il concetto del *privilegio*, la figura d'ipoteca è prevalente. D'altra parte, al privilegio per sè si può ben rinunziare; è soltanto nei casi speciali, argomentando non dal concetto di privilegio, che è favore verso la persona o la causa, ma dalla *ragion* di questo favore che si deve decidere se a quel dato privilegio sia possibile rinunziare affatto od in parte.

(3) V. la n. precedente. Le questioni annunziate verranno risolute nel trattato speciale dell'ipoteca.

Digitized by Google

s'è di già osservato che nel pegno volontario s'ha il principio della specializzazione dell'oggetto, perchè se la volontà di alienare il valore si riferisse senz'altro a tutto il patrimonio, creerebbe un privilegio, ed usurperebbe così il potere del solo legislatore: s'è voluto presumere che la volontà, riferendosi alla garanzia generale contenuta nel patrimonio del debitore, tende a rafforzarla, specializzandola rispetto a cose determinate. La qual considerazione è ristretta all'*ipoteca*, perchè del pegno legale nel senso proprio di garanzia reale ordinata dalla legge, non s'ha figura concreta: nei privilegi mobiliari speciali entra, e con grande efficacia, il concetto del pegno, ma s'è pure osservato come ciò non induca un pegno vero, sibbene un elemento necessario all' esistenza del privilegio, la cui figura predomina nella entità dell'istituto. La specialità del privilegio è dedotta non dal concetto di garanzia tacitamente costituita, ma dall'estimazion della ragione del credito riferentesi direttamente ad una cosa determinata, e consistente in un concetto generalissimo di *versio in rem* (1); all'infuori dei casi, in cui la ragione storica dell'*ipoteca tacita* è fondamento immediato del privilegio speciale ordinato dalla legge odierna (2).

---

(1) Concetto generalissimo di *versio in rem*, ben altro da quello che caratterizza la *versio in rem* quale istituto giuridico determinato. (V. su questo punto la n. 5 a pag. 541). Perchè s'avverta anzitutto, che questo concetto è così ampio da penetrare gran parte dei rapporti speciali di obbligazione, e astraendo di troppo si troverebbe dappertutto il divieto d'illecito arricchimento, come dappertutto potrebbe occorrere il concetto dell'ingiuria; cosicchè, come già è stato notato per l'*a. iniuriarum* in raffronto degli istituti speciali ordinati contro la violazione di un rapporto, bisogna restringere questo concetto così ampio della *v. in rem*, perchè istituti speciali non ne patiscano nella propria entità giuridica. D'altra parte, se fondamento dei privilegi fosse non il concetto generalissimo, ma quello determinato in cui si deve circoscrivere la *v. in rem*, si verrebbe a questo: che di *a. de in r. vers.* non si potrebbe tener parola, perchè lederebbe la regola del divieto di estendere il privilegio oltre ai casi in cui è ordinato dalla legge.

Se ben si osserva, i casi in cui il privilegio è giustificato da una ragione generalissima di divieto d'illecito arricchimento, esprimono, *nella maggior parte*, l'efficacia di un *credito* nascente da un contratto, e si rannodano così al concetto di *causa;* la quale, talvolta si riferisce a tutto il patrimonio del debitore, se l'oggetto del rapporto non si fissa su niente di determinato (p. es. credito privilegiato nascente dai servizi), tal'altra si è concretata nella figura del pegno, trasformato, in molti casi, nel privilegio speciale odierno.

(2) V. la n. precedente in f.

Digitized by Google

271. La ragion della specialità avvertita nell'ipoteca *legale tacita*, dà modo di precisare il fondamento e la caratteristica dell'ipoteca *legale semplice:* in questa non entra congettura di volontà, e rimane soltanto il favore della legge verso il credito per via della causa di esso, o della persona, o di entrambe considerazioni. Viene perciò interamente (1) in risalto la figura del privilegio; non secondo si avverte nella costruzione del privilegio reale, dove la figura del privilegio è prevalente sull'altra del rapporto reale, ma con prevalenza del concetto di garanzia; il privilegio reale è diventato, come doveva, una vera ipoteca. La ragion di questa è sempre il concetto di privilegio, di favore verso il credito; ma estimato talmente da dar nascita ad un vero rapporto reale verso la cosa (2).

Di qui la *generalità* dell' ipoteca. Il favore consentito alla ragion del credito è inerente al rapporto, considerato rispetto alla garanzia generale del patrimonio; la nozione del privilegio, dalla quale s'è poi svolta questa ipoteca, s'accompagna alla garanzia generale, e l'ipoteca surrogata al privilegio ne ha seguito tutta la estensione. Cosicchè, il fondamento dell'ipoteca legale semplice e la storia dell' istituto giustificano la *generalità* ordinata dalla legge, che non poteva ristringere le conseguenze di un favore non estimabile per sè in relazione a cose determinate.

Parrebbe con ciò, di avere una teoria contraddittoria a quella posta sul modo d'intendere la *generalità* dell'ipoteca legale; s'è detto riferirsi questa caratteristica non al patrimonio, sibbene ad un gruppo di cose considerate in un determinato momento: e s'afferma ora, che la generalità è conseguenza della ragion dell'ipoteca, in cui si scorge il concetto di privilegio quantunque rivestito dell'entità giuridica di sicurtà reale, e s'estende perciò alla garanzia generale: ch'è il patrimonio del debitore. E parrebbe ancora, debba così assumere maggior forza la distinzione proposta della *creazione* dalla *costituzione* della garanzia; quella avrebbe appunto il carattere di generalità come titolo abile a costituire la sicurtà sulle cose tutte del patrimonio: questa avrebbe la *specialità* necessaria alla sistemazione del credito. Pur tenendo la distinzione, si deve rilevare che la *specialità* è criterio generale occorrente nei due momenti

(1) Posto il concetto della causa (V. la n. 1 a p. 557), la nozione del privilegio non è al tutto estranea alla figura dell'ipoteca legale tacita. V. pure in seguito.

(2) V. la n. 2 a pag. 556.

Digitized by Google

dell'esistenza della garanzia: è meno appariscente nel titolo (creazione) dell'ipoteca legale semplice, ma ciò non toglie vi sia: non il patrimonio per sè, ma le cose che vi son contenute in un dato momento, e che vi entreranno, dànno oggetto al rapporto di sicurtà reale.

272. La qual costruzione, che in apparenza par così astratta da non rendere bene la realtà delle cose, come se non si possa precisare senza sforzo la distinzione più volte esposta, risponde esattamente all'entità dell'ipoteca legale e della giudiziale, ed al modo col quale si opera in virtù di essa l'alienazione contenuta nella sicurtà. Perchè, pur tenendo fissa la separazione dei due momenti che s'avvertono nell'esistenza del rapporto di garanzia reale ipotecaria, non si può disconoscere che quasi si confondono nell'ultimo: il *titolo* dato dalla legge o pur dalla sentenza autorizza la iscrizione, ma prima di questo momento non s'avverte l'acquisto condizionato di valore, che è nell'onere di sicurtà reale. Nella creazione volontaria del pegno l'alienazione è nell'atto creativo del negozio, e quindi la specialità deve pur occorrere in esso; nella creazione per opera della legge, il momento in cui si determina efficacemente il rapporto è quello dell'iscrizione; creazione e costituzione si confondono, e quindi s'ha sempre la *specialità* assunta a principio generale in materia di garanzia. La legge non *crea*, a parlar propriamente, il rapporto di garanzia: essa attribuisce in generale ad una data posizione giuridica la virtù di produrre l'ipoteca, e la *creazione* vera dipende dalla *volontà* della persona che intende di far valere quella virtù, e lo dimostra con la iscrizione. Dunque, la *creazione* del rapporto si confonde con la *costituzione*, e la *specialità* entra come termine essenziale in entrambi momenti.

273. Con questi risultati, dai quali riman chiarita per intero la entità dell'ipoteca legale, e la relazione tra l'atto creativo, o più esattamente, tra l'atto *autorizzante a creare* l'ipoteca e la creazione-costituzione di essa, si possono porre i principî sull'argomento generale della creazion del pegno. L'alienazione (creazione) che vi è contenuta, è *volontaria* o *necessaria:* volontaria è mediante negozio bilaterale od unilaterale; necessaria è per *mera* virtù (1)

(1) Sebbene, come s'è avvertito, sostrato dell'ipoteca legale tacita, sia la presunta volontà delle parti.

Digitized by Google

della legge, *quando* il creditore ha dichiarato di farla valere in suo vantaggio.

E questa *dichiarazione* del creditore, onde nasce la *creazione* della garanzia reale per atto unilaterale del creditore, è *necessaria*, o pur *volontaria*; alla qual distinzione, rispondono i concetti esposti sulla possibilità di rinunziare all'ipoteca legale *semplice*. Dovrebbe essere *necessaria*, quando l'ipoteca legale fosse ordinata in considerazione della *causa* del credito; *volontaria*, se in considerazione fosse soltanto la *persona*, la qualità del creditore; ma la distinzione dev'essere studiata, per essere intesa esattamente, secondo le riserve ed i concetti esposti accennando alla rinuncia, come ragione di separare l'ipoteca legale *tacita* dalla *semplice* (1). S'intende, che dell'ipoteca legale tacita, fondata com'è sulla presunzion di volontà, non si può dire sia creata per atto *unilaterale* del creditore.

274. L'ipoteca giudiziale è specie dell'ipoteca legale in genere; nell'esporre il concetto della *generalità* rispetto a quest'ultimo istituto, s'è perciò accennato espressamente all'ipoteca giudiziale. Alla quale non bene si convien questo nome, perchè non deriva da decisione del magistrato che l'abbia ordinata, ma dalla disposizione generale della legge, che dà virtù di produrla a qualunque sentenza porti condanna ad una obbligazione (2): è detta *giudiziale*, in considerazione dell'atto dov'è dichiarato il diritto di credito, ma nella causa è *legale*, e si convengono ad essa i concetti esposti studiando l'ipoteca legale *semplice*.

L'origine di essa, come sarà dimostrato nella ricerca sugli istituti di pegno, si riscontra in uno dei concetti di cui risultava il *pignus in causa iudicati captum*, e cioè la *prevenzione* esercitata validamente da uno dei creditori sopra la garanzia comune; di qui il paragone di già fatto (3), con la obbligazione solidale attiva. Ma non è il *pignus in causa iudicati captum*, nel quale è il concetto di esecuzione reale (4); l'ipoteca giudiziale odierna *prelude* (5) a

(1) V. su questa riserva i concetti esposti nella n. 2 a p. 556.

(2) Cod, civ., a. 1970. L'argomento è trattato qui nelle sue linee generalissime, per la posizione netta e compiuta della teoria; le ricerche sugli istituti particolari verranno fatte nella parte speciale.

(3) V. il cap. II.

(4) Cons. su questi istituti DERNBURG, op. cit., § 53.

(5) Perchè è creata in virtù del semplice giudicato.

Digitized by Google

questa procedura, assicura quel diritto di prevenzione, fuso nell'istituto romano con l'esecuzione, e lo riferisce come a causa non all'*acutoritas iubentis* (1), specialmente determinata, sibbene a tale *auctoritas* considerata in genere, e cioè alla condanna ordinata del magistrato. L'antico diritto francese, aveva separato la *prevenzione* (con la prelazione annessa) dall'*esecuzione reale*, alla quale si procedeva in virtù della garanzia comune contenuta nel patrimonio del debitore, ed il fatto solo dell'esercitarla, non dava diritto a prelazione veruna: ma della *prevenzione* qualcosa era rimasto, con la prelazione sui mobili a favor del creditore che prima degli altri avesse convenuto in giudizio il debitore (2). La *prevenzione* così ristretta, era connessa non alla *sentenza*, all'autorità del magistrato, sibbene alla domanda giudiziale.

E questo parve sistema non giusto, sì per il fatto inducente la prevenzione, come per la soverchia limitazione della sua virtù, una volta ammessa. Perciò, tenuta la prevenzione qual conseguenza necessaria della sollecitudine adoperata da un creditore a valersi della garanzia generale, e del diritto speciale che gli deriva dall'aver esercitato la garanzia quando gli altri creditori non avevano ancora il potere di concorrervi effettivamente, si volle farla inerire alla decisione del magistrato: norme giustificate dall'autorità dell'*atto*. L'ipoteca giudiziale, rappresenta dunque il diritto di prevenzione spettante al creditore che ha determinato specialmente la garanzia generale, valendosi dell'affermazione del suo diritto fatta dal magistrato.

Così, la prevenzione è rimasta al tutto separata dall'esecuzione reale, diversamente da quanto avveniva nel *pignus in c. iudicati captum:* l'esecuzione reale non dà per sè diritto ad alcuna prelazione. Essa, e però la sospensione del potere di disporre delle cose su cui si procede, comincia nei mobili col pignoramento, negli immobili con la trascrizione del precetto immobiliare: in questi due atti, rivive la parte dell'esecuzione reale già contenuta nel *pignus in c. iudicati captum*, mentre d'altra parte la prevenzione è nell'ipoteca giudiziale. Perciò, pignoramento o trascrizione immobiliare, non dànno per sè prelazione, e rappresentano l'esercizio di un potere comune di garanzia sul patrimonio del debitore: costi-

(1) V. la n. 4 a p. 560.

(2) BEAUMANOIR, op. cit., XXIV, 2, 13; XXXIV, 52; LIV, 1.

Digitized by Google

tuiscono l'atto iniziale della liquidazione del patrimonio o di una parte di esso, non contengono un diritto speciale di sicurtà. Ond'è, che dell'esercizio di tal potere, generale come generale è la garanzia, si possono valere tutti gli altri creditori ai quali essa spetta in egual modo: questi hanno diritto di concorrere, e per la stessa considerazione, la trascrizione compiuta da un solo creditore toglie la disponibilità del patrimonio anche a favore degli altri creditori (1). L'atto non rappresenta l'esercizio di un potere speciale; si riferisce alla garanzia che è nel patrimonio, e che è comune ai creditori privi di ragione particolare di sicurtà.

275. Le considerazioni svolte, mostrano come, e per quali svolgimenti di istituti, pegno giudiziale oggi propriamente non s'abbia; l'esecuzione reale non è pegno proprio, è garanzia in senso generale, e la prelazione con la prevenzione è propria dell'*ipoteca giudiziale*.

276. All'infuori delle cause esposte, non ve n'è altra cui si possa riferire la creazione della sicurtà reale. Si potrebbe a tutt'a prima dubitare, se non abbia tanta virtù la prescrizione acquisitiva: ma, oltre all'impossibilità di possedere il diritto d'*ipoteca*, dove non è possesso della cosa, il diritto di garanzia è *accessorio* del credito, non suscettibile certo di acquisto per via di usucapione. Il possesso può servire di *prova* della costituzione del pegno speciale, non di *titolo* che la giustifichi.

§ 3.

Effetti giuridici della creazione del pegno.

Sommario. — **277.** Ragion della trattazione. — **278.** Quali siano questi effetti in generale; garanzia reale data dal debitore. — **279-280.** Ricerche speciali su di essi. E in ispecial modo della garanzia. — **281.** Modificazioni che a questo effetto può recare la volontà. — **282.** Effetti nel caso di garanzia data da un terzo. — **283.** E rispetto al terzo possessore.

277. La ragione di uno svolgimento speciale dedicato agli effetti della creazion del pegno, è contenuta nella separazione posta dei

(1) La questione, come si dirà nella parte speciale, è controversa; ma la decisione qui accolta deriva logicamente dai principî esposti.

Digitized by Google

due momenti, per il cui concorso s' ha il rapporto della garanzia reale: s'intende, che la separazione si riferisce ad una forma particolare di garanzia, l'*ipoteca*, e con maggior fondamento á quella figura d'ipoteca dove i due momenti par si confondano in un solo, nell'ultimo (1). Di gran parte delle cose che saranno esposte, può farsi applicazione al pegno *proprio:* non perchè in questo, secondo si dirà, i due momenti s'avvertano con la precisione necessaria, mancando il pegno se manchi la *consegna* della cosa: ma costruendo distintamente il rapporto dov'è la sola *promessa* di dare a pegno, dall'altra della costituzion del pegno, e coordinando a quello la figura della *creazione* dell'ipoteca (2).

Ora, si può ben determinare l'entità di questi effetti, e quindi il coordinamento accennato, dicendo ch'essi si estendono a tutto che necessiti per la *costituzione* della garanzia: il primo momento prepara il secondo, e come produce il diritto di *costituire* il pegno, così determina la comprensione di tal diritto. Ond'è, che si deve studiarli soltanto per questa virtù determinatrice della *costituzione* della garanzia; e perchè non v'ha garanzia (specialmente l'ipotecaria (3), se non è *costituita* mediante la necessaria pubblicità, si deve tenerli ben distinti dagli *effetti* della *garanzia reale* rispetto alla cosa, al credito garantito, al costituente ed ai terzi. L'esistenza del diritto *reale*, deriva non dalla creazione, sì bene dalla costituzione della sicurtà.

---

(1) Figura di già determinata.

(2) Le dichiarazioni del concetto esposto verranno fatte in seguito. La ragion principale che lo determina, è l'entità giuridica del pegno: che *è tale*, è creato in tal qualità, soltanto quando avvenga la consegna della cosa. La *consegna* è dunque termine per crearlo; mentre la creazione dell'ipoteca è un momento distinto nella costituzione del rapporto: è fondamento del rapporto stesso, ma non tutto il rapporto. Onde il difetto della realità. V. la n. seg., e la pag. seg., n. 3.

(3) Si può affermare, deducendo da teorie proposte sull'entità della *traditio* (cons. Perozzi, l. cit.), che ragione di questa fosse la pubblicità dell'atto; e raffrontando colla *consegna* di cosa mobile, quanto avviene per via della trascrizione rispetto agli immobili, si potrebbe dire, che nei due casi i due *elementi* della perfezione del rapporto, concernono la perfezione di esso in relazione ai terzi, e quindi la pubblicità. Anche ammessi questi concetti, sebbene la tradizione abbia altra ragione di essere dall'esposta, come dimostra lo stesso sviluppo ch'ebbe il consenso nella trasmissione delle proprietà, mal si può applicarli al pegno, dove la consegna è richiesta dalla stessa *entità* dell'atto. V. su ciò il n. 288, t. e n.

Digitized by Google

278. Del *diritto* di costituire il pegno, come effetto della creazione di esso rispetto al creditore, basta dir qui, che s'estende fino a quei termini posti alla sicurtà dalla volontà, o dalla legge: cos'entri in questi termini, si può inferire facilmente dai principî generali esposti studiando l'entità del credito garantito, e da quanto s'esporrà nella ricerca sulle forme speciali della garanzia. Necessita invece, di ben determinare il contenuto dell'*obbligazione* di chi ha consentito la sicurtà reale, nè si può farlo senza indagar prima qual ne sia il fondamento.

La ragione creatrice della *obbligazione*, è qui la volontà; vero è, che l'obbligazione può ancor nascere semplicemente dalla legge, ma, avvertendo ai concetti determinanti la garanzia *legale* (1), non par dubbio aversi la figura dell'alienazione insita nella sicurtà, meglio nel pegno volontario che nel legale, dove la ragion prima dell'istituto è il privilegio. Difatti, e questo coordinamento dichiara meglio i concetti esposti (2), nel pegno legale semplice, creazione e costituzione si confondono, in modo da esserne ben rilevato soltanto il momento della costituzione: che è fatto unilaterale del creditore. Invece nel pegno *volontario*, entra come elemento essenziale, la *volontà* del disponente: la quale, da sola, oppure in accordo alla volontà del creditore, secondo la natura dell'atto, determina la figura dell'*alienazion di valore* a fin di sicurtà, e quindi, la parte del rapporto dove la volontà del disponente ha virtù creatrice, si differenzia, si separa nettamente dall'altra, dove la sola volontà del creditore dà vita alla costituzione. Nel pegno volontario, si ha dunque una parte che è *rapporto personale*, la creazione della sicurtà, cui s'aggiunge la *costituzione*, perchè la relazione intera abbia carattere di reale: ma le due parti rimangono distinte, e la prima, contenente un rapporto diretto alla costituzione della sicurtà, produce, per l'atto di disposizione liberamente consentito, effetti speciali governati dal *fine*, ed anche dall'indole della sicurtà (3).

---

(1) V. i nn. 270, 271.

(2) V. la n. precedente.

(3) S'ebbe già occasione di avvertire, e meglio la si avrà nell'esposizione delle forme ordinate dalla legge rispetto all'*esistenza* dei rapporti speciali di sicurtà reale, che la semplice *creazione* dell'ipoteca non induce un rapporto reale; la realità deriva dalla costituzione, e quindi la *forma* della pubblicità è richiesta non soltanto,

Digitized by Google

I quali effetti si possono riassumere in questi due principali: 1) obbligazione del disponente, di mettere il creditore in grado di *costituir* la sicurtà entro i limiti voluti: non è obbligazione di *costituirla,* perchè s'è avvertito aver la *costituzione* carattere di atto dipendente soltanto dalla volontà del creditore, sebbene, volendo, egli possa assumerla; 2) obbligazione del disponente di garantire l'*alienazione* consentita mediante la creazione della sicurtà. Queste obbligazioni, analoghe a quelle che s'avvertono nel contratto di vendita, mostrano la giustezza del concetto fondamentale proposto, e cioè l'*alienazione;* nè rileva, se questa occorre pure nella sicurtà reale creata semplicemente dalla legge, perchè nel rapporto l'alienazione vi è sempre, quantunque in origine sia mosso dalla figura del *privilegio* (1).

279. La prima obbligazione ha il carattere che le viene dallo *scopo* per cui è sôrta, e dalla natura del rapporto di sicurtà. Tenendo allo scopo, s'intende di leggieri che l'obbligazione *in genere* di fornire la sicurtà, è indivisibile, e quindi, nel caso di più coobbligati, uno fra di essi non potrebbe chiedere validamente di soddisfare all'impegno suo per la propria parte; l'oggetto non comporta divisione, quando il contrario non fosse pattuito. E se lo fosse, la garanzia data in parte, assumerebbe la indivisibilità che è nella natura di essa: garantirebbe tutto il credito.

Vero è, secondo s'avvertirà in seguito, che anche a quest'ultima caratteristica, la volontà dei costituenti può recare eccezione: come avverrebbe se la sicurtà fosse ristretta a quella parte di debito cui è tenuto ognuno dei coobbligati. Se ciò avvenisse in una obbliga-

---

come si dirà, rispetto ai terzi, ma per l'*esistenza* stessa dell'onere ipotecario. Onde, il raffronto fatto (v. la n. 3 a pag. 563), di questo momento con l'atto di creazione del pegno proprio senza la consegna; in ambi casi manca il rapporto verso la cosa: ma nel primo, l'alienazione del valore è certa, ed il *solo atto del creditore* può darle quella perfezione di cui abbisogna per esistere giuridicamente; nel secondo, no, perchè l'atto presuntivo della sicurtà reale è più lontano dalla perfezione, a causa dei termini necessarî per dargli vita. Nel primo caso il *titolo*, l'atto creativo del rapporto è perfetto; nel secondo, no.

(1) Concetto già esposto; e che spiega esattamente la efficacia del titolo rispetto ai *beni* ch'esistono, od entreranno nel patrimonio del debitore. Tant'è, che a questa ragion di esistenza dell'istituto, si rannodano alcuni caratteri differenziali che verranno esposti in seguito.

Digitized by Google

zione indivisibile, non farebbe difficoltà veruna, perchè vi si hanno tanti rapporti obbligatorî quanti sono i soggetti, e l'unicità giuridica apparente sta soltanto nella impossibilità di eseguire l'obbligazione per parte; ma se l'obbligazione fosse solidale, la clausola deve essere interpretata secondo la natura del vincolo garantito. Perchè nell'obbligazione solidale, non si deve al creditore, per parte, ma l'intero: cosicchè, se fin da principio ognuno dei coobligati deve l'obbligazione intera come se fosse sua, la clausola di dare sicurtà per parte non si può riferire alla parte sua, sibbene ad una parte dell'oggetto totale dovuto. Ma se chiaramente fosse riferita la clausola alla parte propria del coobbligato, si potrebbe dubitare, se, per intenderla correttamente coordinandola alla entità dell'obbligazione, non si debba darle il significato di divisione di questa, rispetto al promittente; e siccome il dubbio cessa quando si pensi non doversi presumere la rinunzia ad un diritto non fatta espressamente, si dirà aver la clausola valore rispetto al promittente, potendo un coobbligato obbligarsi diversamente dagli altri, per rapporto speciale. Il promittente la sicurtà, tenuto dunque all'obbligazione intera, sarà tenuto a costituir la sicurtà soltanto in parte, e questa si riferirà al solo rapporto fra lui ed il creditore (1).

280. La seconda obbligazione è la garantia dell'alienazione, e perciò della sicurtà prestata: per coglierne con esattezza l'entità, è necessario distinguere, secondo che la sicurtà sia consentita dal debitore, o pur da terza persona.

Se consentita dal debitore, questi, per l'atto di disposizione da lui ordinato, risponde così del difetto di diritto, che rendesse al tutto illegittima la disposizione voluta, come dei difetti che scemassero di molto il valor della cosa. Perchè, badando alla *sicurtà*, e quindi al valor della cosa che s'ebbe in mente fosse bastevole al fine proposto della garanzia, nei due casi lo scopo è al tutto frustrato: nel

---

(1) Le questioni risolute nel testo, sono esposte come esempio di quante potrebbero sorgere dal raffronto dell'obbligazione *solidale* con la *garanzia* data a sicurtà di essa, secondo i termini adoperati nella costituzione del rapporto. È agevole notare, che, tenuti i principî proprî ai due istituti, la difficoltà, nella maggior parte dei casi, si ristringe al fatto, all'interpretazione della volontà validamente manifestata.

Digitized by Google

primo, la garanzia non vi è, per manco di potere nel disponente (1), come avverrebbe se fosse dato in pegno un credito inesistente; nell'altro, col scemar del valore *in modo da essere la cosa insufficiente* allo scopo, la garanzia vien meno. Argomentando dal *fine* del rapporto, si misura l'effetto dell'obbligazione di garantire; parrebbe consistere nel dover dare altra *sicurtà* conveniente, ristringendosi a tal fine l'alienazione consentita; ma come il credito si sorregge per la garanzia, così mancata questa, il sostegno del credito vien meno, e quindi l'esigibilità di esso (2). Nè qui rileva la ricerca della colpa: senza discutere ora della *culpa in contrahendo* (3), certo è, che il disponente doveva conoscere l'entità vera del suo diritto; e rispetto ai vizî da lui ignorati, manca l'efficacia del consenso (4), quando non voglia tenersi che ancor qui rimane la figura della garanzia vera, attenuata per l'ignoranza dipendente dalla qualità del vizio (occulto).

L'estensione di quest'obbligazione, è determinata pure dalla ragion della garanzia: perchè s'estende anche al caso di perdita della cosa data in garanzia, dopo costituita la sicurtà, o di deterioramento così grave, da essere insufficiente alla sicurezza del cre-

---

(1) La *garanzia* è tenuta qui come aspetto del rapporto cui si riferisce: la concessione del diritto implica, in chi lo dà, l'affermazione ch'esiste, e come esistente lo trasmette e lo costituisce. Perciò la teoria di essa entra nello studio generale dei rapporti giuridici. Cons. Förster, op. cit. (ed. cit. dell'Eccius), I, § 84: Prog. del Cod. civ. germ., § 370, e *Motiv.* su questo §; Aubry et Rau, op. cit., § 310 (n. 115).

(2) Cod. civ., a. 1176.

(3) Secondo le concezioni di Iherîng, nella monogr. cit. (*Jahrb. f. d. D.*, IV, 1 e segg.). Non è qui luogo opportuno a discutere se in questa garanzia s'abbia un rapporto contrattuale od extra-contrattuale; supporre un rapporto indipendente di garanzia tra le parti costituenti il rapporto rispetto al quale la garanzia sorge, è costruzione a volte superflua, a volte contraria all'entità giuridica del contratto. Superflua, se la garanzia è modo di esercitare l'azione derivante dall'obbligazione inerente al *fatto* di aver consentita la trasmissione e la costituzione di un diritto (cfr. tuttavia la costruzione fatta da Chironi a proposito dell'evizione: *Istit. di D. C.*, § 323); contraria, se il contratto vien meno per inesistenza, o annullabilità fatta valere. In quest'ultimo caso, la colpa non può essere che *extra-contrattuale*. Cons. Chironi, *Colpa extracontr.*, I, nn. 11 e segg.

(4) La questione dei vizî rientra nel primo dei due casi esposti (v. la n. preced.). È conseguenza del concetto tenuto rispetto alla garanzia; invocandone a fondamento il consenso, mal si potrebbe costruire per i vizî occulti. Con la teoria proposta, la garanzia sta: ma a causa della natura del vizio, ne è attenuato l'effetto (Cod. civ., a. 1503).

Digitized by Google

ditore (1). S'avrebbe dunque, per considerazione della *sicurtà*, come un aggravamento alla misura generale della garanzia (2): ma in apparenza; il debitore risponde anche dei casi fortuiti sopraggiunti dopo la creazione e costituzione di essa (3), perchè nella volontà di crearla, è la volontà di sorreggere il credito con sicurtà speciale: senza distinguere, se la sicurtà sia creata contemporaneamente al credito, o più tardi, avvertendosi nel primo dei due casi la relazione tra la volontà di dare a credito, e la creazione della garanzia; o se i beni immobili si trovino presso un terzo possessore che li abbia deteriorati (4). La ragion della sicurtà dichiara e giustifica questa norma: perciò, si può riscontrarla anche nella garanzia personale (5), e siccome è conseguenza della volontà di garantire, si dovrebbe estenderla a tutti quei casi in cui la *volontà* è causa efficiente della garanzia, anche se esiste per mera induzione della legge, e tale induzione fosse il solo fondamento della disposizione legislativa (6). E siccome ciò non è, si rientra qui nel dominio della regola generale sugli effetti della colpa e del caso fortuito.

All'obbligazione normale di garantire, in quanto vi è contenuta l'assunzion del caso che abbia reso impossibile la prestazione della

---

(1) Cod. civ., a. 1980.

(2) Ma badisi: si avrebbe aggravamento, se si considera il semplice rapporto verso la cosa determinata sottoposta all'onere. Argomentando dall'obbligazione astratta di garantire, la costruzione procede altrimenti, perchè l'*obbligazione di dare una garanzia sufficiente*, non è tolta per via del caso: e quest'obbligazione è sostrato della prima. Così si spiega, perchè la disposizione esaminata non si estende alla specie di semplice diminuzione di valore dello stabile, o di deprezzamento per cause indipendenti da deterioramento materiale di esso; l'obbligazione di garantire, si riferisce alla *cosa in cui* essa è contenuta.

(3) La disposizione dell'art. 1980 concerne dunque il caso fortuito; la perdita od il deterioramento colposi, dànno luogo all'applicazione dell'art. 1176. Cons. DURANTON, op. cit., XIX, 380; AUBRY et RAU, op. cit. § 286 in f.; PERSIL, op. cit., s. l'art. 2131, 2; TROPLONG, op. cit., II, n. 542; PONT., op. cit., II, 692.

(4) A causa dell'obbligazione di garantire, secondo la costruzione proposta. V. le due note precedenti.

(5) Cod. civ., art. 1903.

(6) Che l'ipoteca legale in alcuni casi dipenda da tacita volontà, è stato di già avvertito; ma la legge esamina questa volontà in relazione alla *causa* del rapporto, e deducendone l'esistenza della sicurtà reale, garantisce la causa, l'esistenza del rapporto stesso. Perciò si può dire, secondo s'è già osservato, che in ogni ipoteca legale vi sia del privilegio: quasi interamente nell'ipoteca legale semplice, meno nella tacita.

Digitized by Google

sicurtà secondo s'era convenuto, o tolga o modifichi gravemente la sicurtà prestata, a modo da farla insufficiente allo scopo, rispondono conseguenze proporzionate; il debitore è tenuto a dare altra garanzia, e soltanto quando non l'abbia fornita, è obbligato al *pagamento* del debito (1). La cui scadenza, rappresenta così il regolamento della *indennità*, se questo termine può essere adatto alla specie; il creditore evita il danno derivante dalla mancanza preesistente o sopraggiunta della garanzia, col diritto di procedere all'immediata esazione del suo credito: la dilazione malgrado il difetto di sicurtà, è il *danno* ch'egli evita col rimedio offertogli dalla legge (2).

281. La volontà del disponente, o delle parti, può regolare diversamente l'obbligazione di garantire; può diminuirla od aggravarla ancor più di quel che fa la legge, e regolarne diversamente gli effetti. Così, nel pegno del credito il debitore pignorante è tenuto a garantire la *solvibilità* del debitore pignorato, perchè nel fine della garanzia entra non soltanto la verità, ma anche la bontà del credito, a meno che lo stesso creditore, per la fiducia personale nel debitore pignorato, non abbia espressamente dichiarato che intendeva di aver in pegno quel dato debito (3); parimenti, la volontà può in ogni caso regolare specialmente il rapporto di indennità.

282. Quando la sicurtà fosse data da un terzo, le cause preesistenti o sopraggiunte, di difetto o pur di debolezza grave della sicurtà, dànno origine a rapporti tra il debitore ed il creditore, tra il debitore ed il terzo, tra il creditore ed il terzo; e per definirli, oltre al concetto fondamentale proposto dell'entità della garanzia, occorre l'altro, onde riman differenziata la sicurtà prestata dal debitore, da quella prestata da un terzo: nel quale secondo caso

---

(1) L'anticipazione della scadenza posta all'esigibilità dell'obbligazione, è conseguenza della colpa (Cod. civ., art. 1176); onde la conseguenza giustamente proporzionata, quando la perdita o la diminuzione della garanzîa derivassero da caso fortuito.

(2) V. la n. precedente.

(3) Le risoluzioni proposte sono ottenute, combinando le norme della cessione coi principî del rapporto di sicurtà. Arg. nella specie decisa da ultimo, Cod. civ., a. 1906, al.

Digitized by Google

domina, meglio che nell'altro, la figura della garanzia. Onde la possibilità di estendere alla garanzia reale, i principî che su questo argomento sono ordinati per la garanzia personale.

Con questi criterî, si possono ben determinare i rapporti tra il debitore ed il creditore: avverandosi i fatti descritti, se il debitore s'era obbligato in genere a far dare sicurtà reale da terza persona (1), ed aveva conoscenza delle cause onde la disposizione era fin da principio inutile al fin della garanzia (2), il creditore avrà diritto di esigere immediatamente il pagamento: o le ignorava, ed allora può sostituire altra sicurtà. Che se non si fosse obbligato in genere, ma il creditore avesse insistito da principio nel volere la garanzia su beni determinati di una data persona, il debitore, all'infuori si trovasse in dolo, non è tenuto ad alcuna conseguenza per l'insufficienza della garanzia. La volontà del creditore si è fissata su quelle date *cose*, e l'obbligazione del debitore è limitata al procurar la garanzia su di esse: certo, avverrebbe altrimenti se la garanzia mancasse per difetto di diritto nel disponente, perchè così il creditore non ha la *garanzia* voluta, e promessa dal debitore, il quale, non essendo in colpa, può provvedere sostituendo altra sicurtà. E per le considerazioni esposte sulla ragion della garanzia, il debitore è tenuto in conseguenza della perdita, o del deterioramento delle cose già date in sicurtà dal terzo (3); se questi fatti avvenissero per colpa del disponente, il debitore sarebbe pur obbligato verso il creditore alle stesse conseguenze ordinate nel caso di perdita o deterioramento fortuiti, anche se non vi è convenzione speciale che lo renda responsabile del fatto altrui (4).

Nei rapporti tra il debitore ed il terzo, questi è tenuto a garan-

---

(1) V. in seguito la n. 3.

(2) Si è così nei termini dell'art. 1176 Cod. civ.; il debitore sapeva dell'insufficienza della garanzia richiesta dal creditore, e consentita da lui come idonea.

(3) Ma è tenuto, quando risultasse dell'obbligazione sua di dar sicurtà; se il terzo fosse intervenuto volontariamente per richiesta fattane dal creditore, oppure se richiestone dal debitore, o fosse fideiussore che avesse garantita la sua obbligazione accessoria mediante sicurtà reale; come avverrebbe nell'ipotesi del cosidetto mandato qualificato; in questi casi il debitore non deve prestare la garanzia, che non si è obbligato di fornire.

(4) Si può osservare che il fatto del terzo è rispetto al creditore, caso fortuito: onde le stesse conseguenze. Ma la risoluzione procede direttamente dal principio posto, dell'obbligazione assuntasi dal debitore di dar sicurtà per mezzo di altri.

Digitized by Google

tire il debitore per il difetto della sicurtà, derivante da mancanza di diritto, o da vizî occulti che rendessero la cosa al tutto insufficiente allo scopo della garanzia; purchè la concessione della sicurtà non abbia carattere di liberalità (1). Il terzo si è assunto l'obbligo di fornire la garanzia reale; e tutte le conseguenze derivate al debitore, per aver dovuto sostituirne altre, o per l'avvenuta scadenza del termine, si risolvono a danno di esso.

Se data la sicurtà, la cosa perisse o fosse deteriorata per colpa del terzo, il creditore ha diritto di sperimentare contro di esso le sue difese (2): il debitore sebbene non vincolato da convenzione, è tenuto a rispondere della sua *colpa*, non perchè risponsabile del fatto di altri, ma per l'obbligazione assunta verso il creditore. Perciò, ha azione di rifacimento contro il terzo, quando, tenuto a riparare le conseguenze della colpa a questo imputabile, dovesse sostituire altra garanzia, o fosse costretto al pagamento immediato del debito.

Nei rapporti infine, tra il creditore ed il terzo, questi, se la condizione giuridica delle parti non fosse regolata altrimenti per via di convenzione, è tenuto soltanto al rifacimento dei danni, cagionati ingiuriosamente per colpa alla cosa su cui dev'essere costituita la sicurtà (3).

La volontà del disponente, o delle parti, può modificare le regole esposte: così il debitore può obbligarsi a causa dei danni recati dal terzo soltanto per via di colpa grave, o pur lievissima; il terzo può obbligarsi a garantire il debitore, anche se l'atto col quale ha consentita la garanzia, abbia titolo di liberalità; e può anche obbligarsi verso del creditore, a sostituire altre cose a quelle già dedotte nel rapporto di sicurtà, se queste fossero perite, o avessero patito tal danno, da rimanerne insufficienti al fin della garanzia.

283. I concetti descritti debbono sopportare variazione, quando si voglia esaminarli rispetto alla condizione del terzo possessore: il quale ha causa dal debitore costituente la sicurtà; e siccome di fronte ai terzi, l'*ipoteca* non esiste se non dopo avvenutane la

---

(1) Arg. Cod. civ., a. 1077.

(2) Il terzo costituente s'è obbligato ad onerare la cosa di sicurtà reale; quindi egli non deve col *fatto* suo menomare l'entità. La *colpa* sua dev'essere in ciò estimata secondo le regole generali.

(3) V. la n. precedente.

Digitized by Google

costituzione efficace, così una parte degli effetti esposti, applicabile nel caso sia la cosa onerata passata presso un terzo (1), si riferisce non alla creazione, ma alla costituzione della *garanzia reale ipotecaria.*

CAPITOLO X.

La costituzione della sicurtà reale.

SOMMARIO. — **284-285.** Natura giuridica di quest'atto. — **286.** La *trascrizione* e l'*iscrizione.*

284. Nel nome di *costituzione* della sicurtà reale, s'è inteso di riunire le formalità occorrenti per l'esistenza del rapporto reale: la creazione dà vita soltanto all'*obbligazione* di costituire il pegno, e non colpisce la cosa; onde parrebbe, che tra i due termini si debba avvertire la stessa relazione, che nel diritto antico ed in alcune legislazioni moderne, separa l'atto di trasferimento di un diritto reale, dall'investitura ottenuta mercè la tradizione, o pure, come oggi suole, con la iscrizione in appositi libri pubblici. Relazione che soltanto pare di avvertire; perchè nel fondo, le cose, malgrado l'analogia apparente, procedono diversamente, e sebbene l'argomento debba essere investigato nel trattato dell'ipoteca, pure, a fin di serbare unità a questa esposizione generale, è necessario di tratteggiarlo qui, almeno nei principî.

E anzitutto, a fin di mostrare come l'esposizione si restringa con maggior proprietà all'*ipoteca,* è mestieri di ben determinare la funzione giuridica, che la tradizion della cosa ha nella costituzione del pegno proprio. Da un lato, parrebbe che la consegna della cosa rappresenti quel momento determinato nella costituzion dell'ipoteca dall'iscrizione, che la *pubblicità,* ragione di questa forma, sia pure ragion determinante della tradizione: e quindi, il momento della *costituzione* non sarebbe proprio della sola ipoteca, ma comune all'istituto della sicurtà reale. Più grave apparisce questa considerazione, quando si pensi allo svolgimento seguìto nell' ipoteca:

(1) Responsabile, verso il creditore, per la natura del suo diritto, dei soli danni recati con colpa grave; Cod., civ.. a. 2020. V. in seguito.

Digitized by Google

alla virtù del *patto pretorio* romano, producente per sè vincolo della cosa, contrariamente alle norme ordinarie (onde il dubbio se il rapporto d'ipoteca non fosse rapporto di obbligazione), è sostituito nella legge odierna un istituto che è parte di altro più ampio, la *pubblicità* cioè, qual termine essenziale per la nascita ed il trasferimento dei diritti reali. La modificazione avvenuta, non ravvicinerebbe l'ipoteca al pegno, l'iscrizione ipotecaria alla tradizione della cosa mobile pignorata?

Certo, tra i due termini vi è analogia; ma in fondo, diversa ne è la ragione storica, diversa l'entità giuridica. Nel pegno, la tradizion della cosa non è, malgrado le disquisizioni storiche sull'essenza della tradizione (1), formalità derivata dalla necessità di rendere *pubblico* l'atto: è elemento costitutivo del rapporto, rappresentante la sicurezza acquistata dal creditore mediante l'apprensione materiale della cosa pignorata (2). Il contratto di pegno senza la consegna della cosa, è soltanto promessa, obbligazione di dare in pegno; ma il rapporto è perfetto come contratto reale, soltanto quando sia avvenuta la consegna che il costituente è obbligato a fare. Nell'ipoteca, il diritto reale non esiste prima dell'*iscrizione*: e senza porre in dubbio che tale formalità sia termine essenziale per l'esistenza dell'onere, si deve avvertire, che è un fatto cui il creditore può procedere da sè, e non è, come avviene per la tradizion nel pegno, obbligazione del costituente. L'atto è compiuto con la creazione: ma ottiene efficacia giuridica sulla cosa, quando, mediante la iscrizione, ha la *pubblicità* ordinata dalla legge.

285. Il quale atto, come d'investitura (3), secondo è inteso nella legge patria, non ha quella natura che la *tradizione* aveva nel diritto romano, ed è mantenuto nell'istituto quasi analogo accolto nelle legislazioni dov'è adottato il sistema della pubblicità coi libri fondiarî; qui l'atto d'investitura, l'*atto reale*, è giuridicamente distinto dal rapporto che lo ha preparato: e come esiste di per sè, male rimpetto ai terzi si obbietta la invalidità del contratto cui è seguìta

---

(1) V. la n. 3 a pagg. 563, 564.

(2) Sul principio, v. pure A. Macerata, 4 febbr. 1892 (*Legge*, 1892, 1, 600); e il n. 288, t. e n.

(3) Ma non lo è, nel senso dell'investitura contenuta nel *contratto reale* od *atto reale* d'iscrizione nei libri fondiari, secondo il diritto germanico; dove questo ha rispetto al *titolo* abilitante all'iscrizione, figura al tutto preponderante.

Digitized by Google

l'investitura. Ma nella legge patria, sebbene l'iscrizione dia pubblicità alla ipoteca, e con ciò le dia esistenza come diritto reale, non è rapporto separato al tutto da quello che è servito di causa; i due momenti sono distinti, ma il secondo è complemento del primo, si rannoda interamente ad esso, onde la possibilità di compierlo senza intervento del debitore ô del terzo disponente, e la necessità che si ripercotano nella iscrizione le nullità invalidanti il titolo.

La qual considerazione sull'entità dell'istituto destinato a dar pubblicità all'ipoteca, contrasta importanza all'analogia esposta; e tanta è la incertezza dei criterî tenuti nella legge patria, da non potersi neppure determinare esattamente la funzione giuridica dell'istituto ordinato a tal fine, quando sia studiato nelle forme diverse ordinate per i diversi rapporti.

286. Due sono queste forme. La trascrizione e la iscrizione: ora, l'una e l'altra rappresentano, come s'è detto, soltanto la continuazione del negozio, cui si rannodano, non quali istituti separati, ma qual mezzo di pubblicità: non contengono propriamente l'investitura, ma dànno appena pubblicità al negozio costituito. Per la qual cosa, sviluppando la differenza fondamentale posta tra i due sistemi, s'avverte che la trascrizione e la iscrizione sono veramente *forme* riferentisi ad un dato negozio, e non contengono un negozio distinto: nè l'osservanza di esse afferma rispetto alla cosa, altro rapporto da quello reso pubblico, onde la necessità che siano effettuate tra le persone concorse a costituirlo. Vero è, che questa conseguenza può essere tolta in due modi: ordinando che la pubblicità sia condizione essenziale perchè il negozio produca effetto giuridico rispetto alla cosa tra le parti stesse, e allora s'avrebbe non il vero atto reale d'investitura, ma qualcosa di analogo, se non nella struttura, per la virtù; oppure, lasciando immutata la natura giuridica di quegli atti, e coordinandoli al sistema catastale; e l'analogia qui sarebbe ridotta a pochissima cosa, alla semplice esteriorità materiale, perchè la trascrizione e l'iscrizione, eseguite rispetto al *fondo*, non muterebbero, soltanto per ciò, la entità propria.

Pertanto, se le due forme compiono il negozio sôrto a fin di costituire o trasferire un diritto reale, si può ben effettuarle con la sola opera dell'acquirente; il transmittente non ha diritto ed obbligazione di assistervi, perchè non s'intende ad altro negozio, se

Digitized by Google

non a rendere pubblico quello di già sorto. Altro è vedere, se l'intervento del transmittente non possa aver effetto, non rispetto all'atto, sì bene al negozio costituito, potendo avvenire che in questo vi sia ragion di nullità, la quale per l'intervento del transmittente potrebbe rimanere sanata, concorrendo i termini della convalidazione: qui l'intervento spiega efficacia relativamente al negozio, e con ciò rimane meglio chiarita la unilateralità dell'atto destinato a renderlo pubblico.

Ma la conseguenza più grave, e dove si rilevano le contraddizioni del sistema seguito dalla legge, così nel concetto, come tra le diverse forme adottate per toccare l'identico fine della pubblicità, è questa. Se gli atti descritti compiono il negozio cui si riferiscono, si dovrebbe ordinarli senza distinguere le parti dei terzi: pure, siccome hanno per fine la *pubblicità*, parrebbe, e tale in *parte* è il sistema, che la necessità e l'efficacia di essi si debba ristringere ai terzi. E così, il fine della *pubblicità* è stato il concetto ond'è rimasta scossa l'armonia del sistema: e bisogna pur aggiungervi l'altro concetto della transmissione di diritti reali mediante il solo *consenso*, che si voleva coordinare a quegli atti; e s'ebbe la risultanza informe, di un diritto reale esistente tra le parti senza necessità di atti di pubblicità: e non esistente rispetto ai terzi, pur quando la pubblicità non fosse data al negozio esistente tra le parti. Dunque, *realità* e *personalità* del negozio, coesistenti secondo le *persone* cui il negozio stesso sia opponibile: e sebbene, cangiando il criterio della *pubblicità* in quello di *certezza* dei diritti, sia desiderabile di estendere la necessità dell'atto anche ai rapporti tra le parti, lasciando immutata la struttura giuridica ch'esso attualmente ha (1), non si fa che la costruzione non abbia in se termini contraddittorî. Badisi: contraddittorî rispetto all'efficacia del negozio: chè si può giustificarla, argomentando senz'altra considerazione, dal fine della *pubblicità*, col quale si discerne benissimo l'importanza della *trascrizione*, come termine *essenziale* per l'efficacia del ne-

(1) Senza discutere qui, chè non sarebbe luogo atto a ciò, la questione della riforma della trascrizione, accogliendo in sua vece l'istituto del libro fondiario, la risoluzione esposta nel testo, par che concili nel miglior modo i vantaggi di questo sistema con le tradizioni del diritto patrio; e notevolissima tra queste, l'istituto, sociologicamente assai giustificato, della prescrizione acquisitiva. V. per l'esposizione dei varî sistemi, Besson, *Les livr. fonciers*. Par., 1891.

Digitized by Google

gozio di fronte ai terzi. Non è *investitura*, è mezzo di mezzo ritenuto come il solo per cui si possa presumere, soluta, la conoscenza che i terzi hanno del negozio: in sunzione assoluta, alla quale risponde di necessità la assoluta della ignoranza (buona fede), quando la trascr sia effettuata, consiste la *necessità essenziale* ch' essa tuata. Necessità detta *essenziale*, non propriamente: concorre a dar *esistenza* al negozio, sì bene a *renderlo* ai terzi: e siccome non rendere opponibile l'atto, è qua non esiste, si descrive la trascrizione qual mezzo di ren gozio esistente rispetto ai terzi. Cosicchè, la *trascrizion* di dar pubblicità ad un negozio ch'esiste giuridicament renderlo opponibile ai terzi, con la presunzione assoluta emanante dall'averlo compiuto.

Come si vede, s'è venuto qui restringendo l'analis *trascrizione*, mentre pareva si volesse da principio in ambi modi di dar pubblicità a certi atti. Ed è, che per è avvenuto altrimenti, secondo si dirà in luogo dove la più opportuna (1): pur tenendo al fine della *pubblicità* diretta ad ottenerlo venne ordinata per l'essenza medesim tuto ipotecario, a segno da affermare come principio essere la *pubblicità* uno dei cardini del sistema ipotecar Di qui il divario fra la *trascrizione* e la *iscrizione:* si con quest'ultima al bisogno della pubblicità, e la relazio ed il negozio reso pubblico non varia da quella ch'è stat ma è stretta ancor più, così da aversi negli effetti qualc logo al concetto della investitura, all'atto reale. Negli effe senza distinzione di persone, l'ipoteca non esiste se non non per la struttura giuridica (2).

---

(1) Nella parte speciale, dove si discorrerà delle forme richieste p zione dei singoli rapporti di garanzia; e si esaminerà la ragion del nelle forme dell'*iscrizione*, e della *consegna* nel pegno speciale. V n. 288, t. e n.

(2) Si è già osservata la relazione ch'esiste tra l'*atto* e la *form* pubblico: e come quello abbia rispetto a questa il valore di termi Cfr. tuttavia in un caso d'ipoteca legale, sul concetto dell'iscrizion 28 nov. 1891 (*Es. e Com.*, 1892, 52).

Digitized by Google

CAPITOLO XI.

Effetti del pegno costituito. — Generalità.

SOMMARIO. — **287.** Gli effetti del pegno in generale. Distinzioni.

287. Costituita la garanzia reale con le forme speciali adatte, secondo si voglia dar nascita al rapporto di pegno proprio, od a quello d'ipoteca, esiste la relazione verso la cosa onerata. Su questo elemento della realità, onde riman qualificato il rapporto; sulla nozione del *fine*, al quale è volto, e del *mezzo* col quale vi si giunge, si può costruire la teoria generale degli effetti della sicurtà costituita su cosa determinata; e distribuirli, considerandoli rispetto alla cosa onerata, al credito garantito, al creditore cui è data la sicurtà, al costituente, sia egli tale per volontà propria, o si debba tenerlo in questa posizione per effetto della legge, agli altri creditori, favoriti o pur no di sicurtà reale, ed ai terzi. Della quale ultima parte non si darà qui svolgimento veruno, riferendosi essa particolarmente all'ipoteca: chè nel pegno, per il concetto dell'efficacia del possesso di cosa mobile corporale, e per la natura stessa dell'istituto, non è possibile la figura del terzo possessore. E delle altre parti, si esporranno soltanto quei concetti, che, derivando dall'entità comune della garanzia, ben s'addicono così al pegno come all'ipoteca.

§ 1.

Effetti sulla cosa onerata; e sul credito garantito.

SOMMARIO. — **288-289.** Del diritto reale; e particolarmente dell'indivisibilità. — **290.** Continuazione. Modificazione della sicurtà; e nuova ragion di differenza della sicurtà reale volontaria dalla legale.

288. Le ricerche fatte sull'entità del pegno, e sugli elementi necessari a crearlo, hanno dato giustificazione del concetto fondamentale posto, che il pegno è diritto reale, contenente alienazione del valore, o di parte del valore della cosa, a fine di sicurtà: alienazione condizionale, che pendente la condizione esiste come onere

Digitized by Google

sulla cosa. Di questi concetti, qualcuno non abbisogna di altro discorso: così, della realità e dell'alienazione del valore venne resa la figura con sufficiente chiarezza; ma della condizione che è nell'alienazione, giova sia meglio indagata la natura. Perchè s'è detto, che l'alienazione ha efficacia intera, quando per il non fatto dell'obbligato di adempiere all'obbligazione garantita, il creditore, proceduto che abbia alla vendita della cosa, detragga dal prezzo ricavato quella parte rispondente all'alienazione contenuta nel pegno: e di qui, dopo le cose esposte sulla costituzione del pegno, deriva dubbio sulla natura vera della forma mediante cui la costituzione vien fatta; e più ancora, deriva difficoltà sul modo di determinare la condizione. È questa una condizione sospensiva? e la forma di costituzione, si terrà allora qual mezzo conservativo dell'alienazione condizionata? oppure, è condizione risolutiva?

La risoluzione di queste difficoltà dà campo a scrutinare meglio l'organismo della sicurtà reale, ed in ispecial modo dell'ipoteca, dove s'ha veramente la forma apposita di costituzione (1). Ora,

---

(1) V. le osservazioni già fatte sul rapporto tra l'*iscrizione* nell'ipoteca, e la *consegna* nel pegno. Ma avvertasi, che di ambe queste forme necessarie per la costituzione della sicurtà speciale cui si riferiscono, qui si tien discorso a fin di stabilire le linee generali dell'organismo del rapporto; nello studio particolare del *pegno* proprio, e dell'ipoteca, saranno più ampiamente discusse le difficoltà che si incontrano nel ricercare come si debbano osservare. Si discuterà allora, se pur ammesso che ragion della *consegna* nel pegno speciale sia la *pubblicità* da darsi al rapporto a fin d'impedire che sia tratta in inganno la buona fede dei terzi, il pegno venga meno per seguìta riconsegna al debitore a titolo di precario, o per essere stata la cosa pignorata deposta in luogo posseduto dal costituente, o per essergli stata consegnata momentaneamente: e si vedrà, che, come s'è già avuto occasione di accennare, la costituzion del precario non può offendere i termini del pegno, sebbene i terzi possano trarne argomento per obbiettare la simulazione dell'atto; si dimostrerà che il fatto di aver depositato la cosa pignorata in località spettante al costituente, non induce per sè la perdita del possesso, nè è perciò necessario ristringere l'ipotesi della conservazione del possesso al caso di locale del costituente dato in affitto ad un terzo (Cass. fr., 25 nov. 1891, in *J. du P.*, 1893, 1, 465, e la n. di LYON-CAEN); si vedrà pure, che la consegna della cosa al costituente (indipendentemente dal precario), non toglie il pegno, se è stabilito che per questa consegna la perdita del possesso non era possibile (A. Douai, 26 genn. 1893, in *J. du P.*, 1893, 2, 233, e la n. di LYON-CAEN). La stessa limitazione accolta anche da chi nella *consegna* vede soltanto l'elemento della pubblicità (LYON-CAEN, l. cit.), dimostra che se la *perdita del possesso* fa cessare il pegno, la *consegna* è fatta a fin di *acquistarlo:* in questo senso esso è termine essenziale a costituire il rapporto reale di sicurtà.

Digitized by Google

dalle cose dette si può inferire abbia la condizione qualità di *sospensiva,* perchè alla vendita si procede soltanto per l'avvenuto inadempimento dell'obbligazione garantita: e la conseguenza parrebbe resistere assai contro alla entità dell'istituto, mal potendosi riferire a questo la caratteristica del modo con cui viene ad effetto: se la vendita, ch'è il fatto mediante il quale si specializza il valore alienato, è soggetta a condizione sospensiva, non per ciò si può dire che a tal condizione è pur soggetta l'alienazione. Il rapporto di pegno produce immediatamente l'onere sulla cosa, sebbene, per il fine della garanzia, non derivi da negozio puro; nel quale concetto concorrerebbero i caratteri tutti della condizione risolutiva. L'alienazione del valore esiste cioè come fosse pura, e quindi la forma necessaria a costituirla non avrebbe entità di atto occorrente per la conservazione di un diritto, la cui nascita sia soggetta a condizione sospensiva: ma l'adempimento dell'obbligazione toglie causa al rapporto di garanzia, creato appunto per assicurarlo. Il rapporto cessa: si risolve. Nè parrebbe vizioso porre assieme nel medesimo istituto le due forme di condizione, contraddicentisi, se non per la virtù di esse, rispetto all'esistenza del negozio, stante il modo col quale questo si produce; la condizione sospensiva accederebbe soltanto all'atto della *vendita,* da cui non dipende l'esistenza giuridica dell'alienazione, sebbene sia mezzo necessario a darle efficacia, procedendosi per mezzo di essa alla liquidazione della *cosa,* e quindi alla determinazione del valore.

In questo ragionamento è parte di vero: non tutto il vero. Perchè dalla *vendita* non si può così nettamente separare l'alienazion di valore, che in essa ha la determinazione sua; d'altronde, l'onere non è l'alienazione, e tutto il ragionamento contraddice allo spirito condizionale (cond. sospensiva) della garanzia. L'onere che esiste immediatamente, è il modo col quale toglie figura il concetto di sicurtà, di alienazione condizionale: è modo di esprimerlo, di conservarlo. Perciò, le *forme* di costituzione della garanzia, sono atti

---

Ma il difetto della consegna si può opporre tra le parti? La legge risolve espressamente le difficoltà (Cod. civ., a. 1882): qui basterà di accennare, che l'obbligazione di costituire il pegno, si oppone a che la mancata consegna dia nascita a tale eccezione: il costituente è legalmente tenuto ad effettuarla, nè dall'inadempimento può trarre vantaggio. Chi sia *terzo* avente diritto ad opporre tale eccezione, si ricercherà nella parte speciale.

Digitized by Google

che (quando non si dovessero considerare come rapporto distinto), hanno qualità di conservativi, non per sè, ma perchè manifestano l'onere, contenente, per essenza sua, l'alienazione costituita a titolo di sicurtà (1).

289. L'alienazione, e negli effetti riman tale ancor quando la sicurtà è creata per provvisione di legge, induce il rapporto reale sulla cosa onerata; e, secondo s'è avvertito, una tra le principali caratteristiche di esso, è d'investire talmente la cosa, che ogni particella del credito è garantita da tutta la sicurtà, e su ogni particella della cosa pesa l'onere della garanzia per il credito intero. La qual caratteristica è l'*indivisibilità:* e ben si potè ricercarne il fondamento nel fine della garanzia, e nell'analogia della servitù con la sicurtà reale, che ne trarrebbe quasi figura di qualità del credito: ragionamento corretto, la cui esattezza è dimostrata da altra costruzione. Perchè la relazione tra il credito e la sicurtà reale destinata a garantirlo non vieta a questa di esistere come rapporto distinto: il quale conserva tutta la integrità, fino a quando rimanga ancora parte della obbligazione che gli ha dato causa.

L'onere reale avvolge dunque tutta la cosa, o tutte le cose soggette a sicurtà (2), e contenendo il valore in genere di esse, non si può ristringerlo su di una parte, se il valor della obbligazione, e quindi il valor garantito è scemato: in effetto, quando sarà liquidato il valor della garanzia, questa corrispondenza si dovrà osservare necessariamente; prima che ciò avvenga, l'estensione del-

---

(1) Con questo risultato ha compimento la teoria esposta sull'entità dell'iscrizione. Della quale s'è detto che dà perfezione al titolo creativo della sicurtà, sebbene qui si contenga di già l'alienazione; ma la prevalenza del titolo rispetto all'iscrizione (a differenza, come s'è pur osservato, del contratto reale dell'iscrizione nel libro fondiario), è bene espressa dando a questa il carattere di atto *conservativo*. Atto *conservativo* rispetto al *titolo;* perchè nell'insieme del rapporto, che è la costituzione dell'onere reale di sicurtà, entra come termine essenziale.

(2) La questione sarà particolarmente studiata nel trattato dell'ipoteca: dove in relazione al concetto dell'indivisibilità, secondo è inteso nella legge italiana, saranno indagate le forme della *Correalhypotheck* del diritto prussiano (L. pruss., § 42), della *Verbandhypothek* del diritto sassone (C. civ. sass., §§ 388, 423), e dell'ipoteca che costituita su più immobili per il medesimo credito, vien distribuita su ognuno di essi in parte, come avviene nell'ordinamento ipotecario bavarese e di Amburgo.

Digitized by Google

l'alienazione costituita in genere, è diminuita, ma l'onere non ne vien modificato.

Nè si tenga perciò, l'indivisibilità qual caratteristica essenziale del pegno, quale effetto assolutamente necessario del rapporto: la volontà delle parti può statuire una disposizione contraria, e ordinare la divisione della garanzia, sì nel caso fosse divisa la obbligazione, come nell'altro di divisione della cosa o delle cose date in sicurtà. Con ciò, si ha modo di precisare il carattere dell'indivisibilità: se la volontà può derogarvi, parrebbe non sia elemento al tutto estraneo alla sua essenza, e nel fine della garanzia può riscontrarsi traccia di volere inteso ad assicurare con tutta la sicurtà ogni piccola parte del credito garantito. Ma senza pur trarre giovamento da ciò, la virtù derogatrice della volontà è giustificata, considerando la relazione della sicurtà con il credito: la divisibilità e la divisione di questo, può giustificare la derogazione consentita. E se l'obbligazione fosse indivisibile, la divisione della garanzia si riferirebbe a quella parte di valore rispondente all'obbligazione dei diversi debitori.

290. A questo argomento si può riportare la possibilità di ridurre la garanzia, nel caso di grave differenza tra l'entità dell'obbligazione, e l'ammontare della sicurtà (1). Dove si avverte una differenza tra il pegno legale ed il volontario: perchè del volontario non si può ottenere riduzione dove le parti non consentano, ostandovi la virtù del negozio giuridico costituito, e quindi l'alienazione consentita dal disponente; del legale invece, è possibile la riduzione, e la legge dà regola a tal possibilità nella materia delle ipoteche (2), e nel pignoramento, che pur non è vero pegno (3). E questo av-

---

(1) La riduzione della garanzia ipotecaria (Cod. civ., a. 2024-2028), sarà studiata nel trattato dell'ipoteca; qui basti di accennare il concetto fondamentale per la posizione compiuta dei principi.

(2) Cod. civ., a. cit.

(3) Il *pignoramento* non è vero pegno in un senso; par che lo sia in altro. Non lo è, quando si avverta che a favor del richiedente non vi è l'alienazione del valore a titolo di sicurtà, non il potere speciale su di una cosa, caratterizzato da tal fine; quel che domina nell'istituto è l'*esecuzione reale* dell'obbligazione, diretta a trarre dal patrimonio, e per esso dalle cose o da qualunque cosa ne faccia parte, quel valore rispondente all'elemento patrimoniale dal rapporto obbligatorio. Tant'è, che il creditore instante non ha privilegio sulla cosa pignorata; sulla quale, ogni

Digitized by Google

viene, perchè nell'ipoteca legale, quantunque negli effetti si abbia sempre il concetto di alienazione, domina l'altro di privilegio; indipendentemente da ciò, si può considerare che scopo della legge è la sicurtà del credito, e quindi l'estimazione della garanzia non si deduce da altro criterio se non dall'entità del credito stesso. Nell'ipoteca volontaria, la volontà misura secondo crede l'entità della garanzia; nella legale, solo criterio misuratore è il fine della sicurtà, ed a questo concetto sono informate le disposizioni della legge sulla riduzione dell'ipoteca.

§ 2.

Effetti del pegno costituito, per rispetto al creditore.

SOMMARIO. — **291.** Diritto del creditore sul valore della cosa onerata. Contiene la sicurtà, non il godimento. Patto contrario e figura dell'anticresi. Rinvio. — **292.** A qual titolo possiede la cosa, quando la consegna di essa è termine necessario della sicurtà. Conseguenze. — **293-294.** Può cedere ad altri il suo diritto di garanzia reale, ed altri può esservi surrogato. Cessione e surrogazione. — **295-299.** Diritto di vendere la cosa. A qual titolo vi procede: effetti rispetto a lui, al debitore ed all'acquirente. — **300.** Liquidità del credito garantito; costituzione in mora.

291. Il diritto del creditore, in conseguenza del rapporto di sicurtà reale, si posa tutto sul *valore* della cosa, nella misura determinata dal volere delle parti o dall'estimazione del credito garantito: la realità investe la cosa soltanto per questo fine, per contenervisi cioè il valore condizionatamente alienato. Non valore alienato puramente, chè altrimenti non vi sarebbe più obbligazione stante l'avvenuto pagamento, e quindi non più garanzia: sibbene alienazione che potrà aver efficacia in seguito, secondo l'essenza della sicurtà. Ristretto il diritto del creditore al valore che è nella cosa, e determinato il suo rapporto verso di questa in relazione a tal fine,

---

altro creditore, per l'alienazione del valore diffuso nel patrimonio dell'obbligato può concorrere; la richiesta non gli dà privilegio, e se, come s'è visto, egli ha privilegio per le spese di esecuzione, ciò deriva non dal pegno, ma dal vantaggio dato ai creditori concorrenti. Ha del pegno, quando si badi alla sottrazione della cosa al potere di disposizione del debitore; ma questo fatto, meglio che essere particolare del pegno, spetta piuttosto all'*esecuzione reale*, ch'entra nella *garanzia reale* come esecuzione specializzata. V. il cap. I. Cfr. WINDSCHEID, op. cit., § 233, 1.

Digitized by Google

s'intende di leggieri non aver egli potere alcuno sui frutti prodotti dalla cosa, perchè il suo non è diritto di godimento (1); il frutto può essere considerato qual parte della cosa, perchè prodotto dalla forza interna sua, dagli elementi di vita che sono in essa, o son da essa ricevuti ed assimilati per la produzione: ma la produzione non è la cosa, è il risultato di una funzione sua, che ha entità separata materialmente e giuridicamente. Parte della cosa è la funzione, la potenza del produrre; ogni fatto dell'uomo o forza del caso, che la togliessero o la diminuissero, diminuisce il valor della cosa, e quindi l'entità della garanzia: il frutto non è la cosa, è lo svolgimento di una forza naturale ch'è in essa, coadiuvata, secondo la qualità della produzione, da altri agenti naturali (l'aria, la luce, il calore) che operano direttamente sul frutto, inducendone la maturità, o da agenti artificiali (il lavoro). E perchè la forza produttiva è nella cosa, ed opera periodicamente, separare il prodotto non è separar la funzione produttiva, non è diminuir la cosa; altrimenti avverrebbe, se venisse separata la funzione stessa; oppure, se il prodotto della cosa non fosse produzione periodica, sibbene parte materiale della cosa, secondo avviene nella lavorazione di cave o miniere (2), in cui i prodotti estratti non si rinnovassero per la immanenza rinnovatrice di agenti tellurici (p. es. i pozzi di nafta o di bitume).

Il creditore non ha dunque, per la natura del suo diritto di sicurtà, diritto alcuno sui frutti della cosa; altrimenti, il suo rapporto verso di essa, non sarebbe più di sicurtà, sibbene di godimento (3).

---

(1) Che il creditore non abbia diritto sui frutti, in virtù del solo diritto di pegno, e per l'essenza giuridica che questi ha, si è già dimostrato (v. il n. 245 in f. e la n. 2 a pag. 517); perchè il frutto prodotto della cosa, è destinato ad aver esistenza indipendente da essa. Nel pegno *proprio* (secondo si dirà nel trattato speciale), il creditore che ha il *possesso* (in genere) della cosa, può tenerli, ma imputandone il valore negli interessi dapprima, e poi nel capitale (L. 23 D. *de pign.* (XX, 1); L. 5, § 21 D. *ut in poss. leg.* (XXXVI, 4); L. 1, 2, 3, 12 C. *de pign. ant.* (IV, 24); come la legge ordina espressamente per il caso sia dato in pegno un credito fruttifero (Cod. civ., a. 1886). Cons. WINDSCHEID, op. cit., § 234; Cfr. DERNBURG, op. cit., §§ 17, 89.

(2) Così l'estrazione della caolina non è frutto. Cass. fr. 4 ag. 1886 (*J. du P.*, 1888, 1, 537).

(3) Il concetto di frutto va esteso a qualunque *vantaggio* che possa ricavarsi dalla cosa; il creditore che *ne usasse*, deve dar conto al debitore del vantaggio avuto senza che il suo diritto di sicurtà glielo consenta.

Digitized by Google

Può ottenere il diritto sui frutti *dalla volontà del costituente*, per via di patto che lo autorizzi a farli suoi (1); e può ottenerlo in modo che sia pur esso compreso, non nella essenza, ma nel *fine* della sicurtà per la *volontà del disponente*, come avviene nel patto di anticresi, o per la *natura stessa della cosa pignorata:* nel quale ultimo caso si potrebbe dire di volontà manifestata tacitamente, perchè data in pegno *proprio* una cosa *destinata* a dar frutti, e che richiede per tal fine la cura e l'amministrazione del detentore, si deve indurre la volontà del costituente d'investire il creditore pignoratizio delle facoltà occorrenti al bisogno. In questi casi i frutti s'intendono attribuiti al creditore, in pagamento degli interessi prima, e poi del capitale dovuto (2); degli interessi, anche non fossero fissati nella quantità, se a questo titolo fosse consentito il godimento dei frutti. Parrebbe di non aversi qui la figura di diritto vero di godimento conceduto al creditore, dovendosi por mente al titolo per la cui virtù separa i frutti, e ne dispone, ed al fine di questo suo potere: i frutti son modo di pagamento. Ciò non fa che il creditore non abbia il godimento: è godimento conceduto a fin di estinzione del debito, e certo, se vi è pagamento si è ben lontani dal concetto di *sicurtà*.

Nel pegno propriamente detto (pegno speciale) si può ben determinare il diritto di sicurtà separato al tutto dal godimento, perchè il possesso della cosa è termine essenziale del rapporto. Non così nell'*anticresi*, dove non è soltanto il godimento qual mezzo di estinzione del debito, ma è pure l'altro della garanzia: il possesso della cosa immobile conceduto al creditore esprime la *sicurtà*, consistente nel fatto di aver egli la cosa a fin di separarne direttamente i frutti. Onde la figura come di pegno immobiliare: non di pegno nel significato proprio, chè dall'anticresi non sorge (secondo si dirà) la figura di sicurtà, di diritto reale (3).

292. Dai concetti esposti sull'entità del pegno, ben s'inferisce, che il creditore, anche nei casi in cui è necessaria la consegna della

---

(1) In tal caso i frutti son dovuti in ragione del patto, ma non del rapporto reale di pegno.

(2) Cod. civ., a. 1886 cit.

(3) Cod. civ., art. 1897. Dell'anticresi si dirà nella parte speciale; sull'entità giuridica di essa, secondo i concetti ora espressi, v. CHIRONI, *Quest. di D. C.*, pag. 238.

Digitized by Google

cosa per la costituzione del rapporto, non ne ha il possesso; nel pegno propriamente detto (1), il creditore non possiede, quasi abbia diritto sulla cosa, ma la *tiene* soltanto, perchè in essa è il *valore* alienato a fin di sicurtà, e che sarà materialmente determinato in seguito per via della vendita. Pensando a ciò, non parrà al tutto priva di fondamento la nozione del possesso *derivato,* come si volle qualificare il possesso del creditore pignoratizio, parendo il possesso della cosa conseguenza necessaria dell'alienazione avvenuta, essendovi come diffuso il valore alienato: indeterminatezza, che pur lasciando astrattamente distinto il diritto sul valore, non fa che questo sia confuso nella cosa; onde il possesso derivato, che non è possesso della cosa, ma non è ancora possesso (q. possesso) del diritto di pegno. Ora, distinta nettamente la funzione della cosa rispetto al valore alienato, s'intende che il creditore ha il possesso del diritto di pegno come diritto suo (2), che possiede legittimamente con l'animo di tenerlo per suo, ed ha il possesso della cosa, non come sua, ma soltanto rappresentando il costituente (3). Il possesso legittimo del diritto non gli varrà per agire con la manutenzione, vietandolo la natura mobiliare della cosa (quando non s'avesse una *universitas iuris* (4), ma gli varrà contro la rivendicazione, eccezionalmente ammessa (5); il possesso della cosa gli darà soltanto diritto alla reintegrazione. Vero è, che pur distinguendo così la ragion del possesso del creditore pignoratizio, nel fatto la distinzione sparisce: chè la consegna della cosa è termine essenziale del pegno, e possedendo la cosa a fin di possedere il diritto di pegno, la difesa possessoria di questo si estende necessariamente a quella. Il risul-

---

(1) L'ipoteca, come si osservò, non è diritto idoneo ad essere posseduto, V. Cod. civ. sass., §§ 512, 530, 602.

(2) L'entità del possesso, e la concezione del possesso derivato, qui appena accennata e respinta, non sono argomenti da potersi nè svolgere, nè appena tratteggiare nel breve spazio di una nota. A parte i lavori fondamentali nella materia del possesso, di SAVIGNY e di IHERING, v. WINDSCHEID, op. cit., §§ 154, 236. La nozione del possesso derivato, qui non è accolta; e argomentando dallo sviluppo, che l'entità del possesso, come esercizio del diritto senza il diritto, ebbe nella stessa storia del diritto romano, il possesso dato al creditore pignoratizio è possesso legittimo del diritto di pegno. V. CHIRONI, *Istit. di D. C.*, § 83, e Aut. ivi cit.

(3) È distinto qui il possesso del *diritto*, da quello della cosa cui si riferisce.

(4) Cod. civ., a. 694.

(5) Cod. civ., a. 695. V. CHIRONI, l. cit.

Digitized by Google

tato della costruzione si rileva rispetto al costituente: il quale, possedendo la cosa per via di rappresentante, conserva il diritto di esercitare le azioni possessorie che gli possono spettare, ed il diritto di continuare la usucapione incominciata.

Nell'anticresi, il creditore non ha diritto reale, e non possiede alcuna funzione della cosa in virtù di rapporto diretto su di essa: il suo possesso cade apparentemente sulla cosa, ma oggetto immediato è il diritto di obbligazione consentito dal costituente: il possesso della cosa rappresenta l'*esercizio* di questo diritto. Passa dunque nel creditore soltanto il possesso semplice, ed il possesso legittimo rimane al costituente, che lo esercita per suo mezzo.

293. Il creditore pignoratizio, stante la costituzion del rapporto di pegno giuridicamente distinto dall'obbligazione, è soggetto di due rapporti che hanno un oggetto immediato proprio, sebbene il *valore dovuto* sia identico. Dalla quale indipendenza del pegno, che indusse ad affermare *suas conditiones habet hypothecaria actio* (1), parrebbe doversi inferire che il creditore possa cedere il diritto di pegno, o surrogarsi altri, senza che dalla cessione o dalla surrogazione rimanga alterato il rapporto di credito: ma la conseguenza sarebbe esagerata di molto, perchè la diversa struttura giuridica del pegno e dell'obbligazione garantita non toglie abbia il creditore diritto una volta soltanto al valore dedotto in entrambi. La qual cosa è ben giustificata dalla relazione in cui il pegno è col credito garantito: la garanzia *accede* al credito per il servigio di sicurtà.

Ora, se si dovesse costruire su questo ragionamento si verrebbe a conclusioni addirittura contrarie a quelle dedotte dall'indipendenza del pegno: il quale, secondo quel principio, avrebbe entità al tutto indipendente, e secondo questo dipenderebbe invece dal credito, a modo da non poter avvenire cessione o surrogazione rispetto al pegno se non avvenissero in pari tempo rispetto al credito (2). Il

---

(1) L. 13, § 4, D. *de pign.* (XX, 1).

(2) Tale è difatti la teoria dominante rispetto al diritto romano, che spiega la validità dell'acquisto del pegno già esistente a favor di altro credito, supponendo la cessione vera o fittizia del credito anteriormente garantito. Cons. specialmente LINDE, in *Zeitschr. f. C. R.*, XX, 291 e segg.; MÜHLENBRUCH, op. cit., § 56. Rispetto al diritto odierno, v. in seguito.

Digitized by Google

concetto che risolve la contraddizione, è stato di già esposto nello studio della entità del pegno: s'è detto, che in questo è per la realità contenuta una ragion di prevalenza sul rapporto di obbligazione, e ciò dipende dall'essere contenuto nel rapporto di sicurtà il valore o parte del valore dedotto nel credito, ma in forma di alienazione: vi è il credito, a dir così, realizzato. Dal che si deduce non potersi mai estendere il valore contenuto nel rapporto di sicurtà, oltre i termini nei quali questo venne costituito: anche unendo il pegno ad un credito diverso da quello garantito in origine, la sua entità giuridica propria non muta, e l'alienazione del valore riman sempre quale è stata consentita.

Con la guida di questi principî, dove i due concetti contraddittorî d'indipendenza e dipendenza del pegno s'incontrano e son ridotti entro i giusti termini, si costruisce direttamente la teoria della cessione e surrogazione nel rapporto di sicurtà reale: si lascian da parte la cessione e la surrogazione nel diritto di credito, perchè in questi casi non è dubbio l'effetto di tali negozi sul pegno, il quale deve seguire le sorti del rapporto principale. Nè si deve qui distinguere secondo che la surrogazione avviene per volontà del creditore, o del debitore, oppure per via di legge (1); l'atto si riferisce sempre al credito, cui la garanzia è unita, quando non s'abbia una convenzione contraria. Della qual surrogazione s'è controverso assai in che davvero consista: parendo strano concetto questo di tener come esistente un credito estinto per la virtù di quel pagamento onde la surrogazione stessa trae origine: e dubitandosi se vi sia contenuta una cessione od una *successio in locum*, in modo che il pegno sia rispetto al credito surrogato *nuova* sicurtà, che abbia il grado dell'antica, oppure una surrogazione nel solo diritto di pegno, ma rannodantesi a nuovo credito (2). Certo,

(1) Cod. civ., a. 1252-1253.

(2) A queste difficoltà di costruzione s'abbattono i romanisti nella più parte dei casi in cui nel diritto odierno si ha figura del pagamento con surrogazione legale o convenzionale (v. la n. precedente); e quando a questa si aggiunga anche il caso della novazione, in cui, per *espressa riserva* fatta dal creditore della garanzia e del grado (ed accettata dal debitore, o dal terzo pignorante, Cod. civ., a. 1274), sia conservata al nuovo credito la garanzia reale costituita per l'antico, si ha, che da tutte le teorie proposte si trae utile per la costruzione di una teoria dove tutte queste ipotesi trovino logicamente la propria spiegazione. Perchè, secondo le idee espresse nel testo, dove occorre la surrogazione convenzionale o legale,

Digitized by Google

tra la cessione e la surrogazione esistono analogie non
da parere che rispetto al *credito* la posizione del succe
ditore cedente e del surrogato, sia identica. Ma altra
da cui derivano: nella cessione il creditore *trasferisce*
diritto patrimoniale di credito, ed il prezzo ricevuto n
mento, sì bene valore dell'alienazione consentita: nella
non soltanto non vi è atto da cui possa nascere dubbio
del credito, ma questa è condizione del trasferimento.

E posto il concetto di pagamento del credito nas
descritto, il quale non si può risolvere altrimenti che
alla volontà delle parti rispetto al pagamento da cui d
rogazione, ed alla conseguenza di tale atto sul cred
esso non ha per fine l'estinzione del credito, la qual
rebbe impossibile la surrogazione, ma il soddisfacimento
che il creditore ha nel rapporto, per poterne così elim
persona, sostituendone altra. Qui *pagamento* è termin
con poca proprietà, riferendosi non al *credito* (secondo
sì bene alla persona del creditore: ma non si può p
dichiarandosi con esso il *modo* di eliminare questa pe
cessione tal fine si ottiene per effetto del *prezzo del tr*
nella surrogazione perchè è *soddisfatto l'interesse del*
nei due casi il *rapporto di credito* è considerato come
pendente dalla persona del creditore, è rapporto patrim
minato oggettivamente.

294. Altra cosa son la *cessione* e la *surrogazione* nel
di pegno: dove occorrono appunto i concetti esposti su
denza di questo rapporto. Della cessione basterà ramm
teoria largamente esposta nella ricerca dell'entità del
degli elementi necessari a crearlo; le distinzioni propo
fondate sul giusto concetto dell'indipendenza di quest

---

risultante da pagamento, è la *surrogazione nel credito garantito,*
la surrogazione nel pegno: quest'ultima figura non ha quindi null
o di indipendente come sostituzione particolare nel pegno, o costitu
pegno, che, rimanendo nuovo, occupi il posto dell'antico, od indu
nel grado. Cons. WINDSCHEID, op. cit., § 233, *b*; DERNBURG, op.
CHOFEN, op. cit., p. 523. V. in seguito.

(1) V. i cap. II e III.

Digitized by Google

e sulla differenza tra le due figure di *esecuzione reale* e di *garanzia* concorrenti nell'istituto (1). Le quali considerazioni dànno pur giustificazione netta della teoria esposta sulla cessione del *grado ipotecario* (2).

Diversamente da quel che avviene per la cessione, la *surrogazione* nel rapporto di pegno non può essere costituita se non eccezionalmente: il *pagamento* onde la surrogazione ha causa, si riferisce alla ragion del credito; non è quindi possibile la separazione dei due rapporti, limitando al pegno un istituto ch'esiste soltanto perchè si riferisce all'obbligazione garantita. In via di eccezione, la *legge* per ragioni speciali può permettere altrimenti, come avviene nella novazione (3), o disporre altrimenti, secondo si ha nella surrogazione ipotecaria a favore del creditore perdente: ed il concetto ora esposto mentre dà la ragione di distinguere la *surrogazione nel credito garantito da pegno*, dalla *surrogazione pigno-*

---

(1) V. la n. precedente.

(2) V. Chironi, *Quest. di D. C.*, pagg. 249, 251. La questione, qui appena annunziata, avrà largo svolgimento nel trattato speciale dell'ipoteca. Cons. Cass. fr., 18 luglio 1889 (*J. du P.*, 1890, 1, 1095); App. Bordeaux, 23 febbr 1888 (*J. du P.*, 1889, 1, 405).

(3) Cod. civ., a. 1274 cit., V. la n. 2 nella pag. 587. E la ragione del consenso è chiara; il nuovo rapporto pur essendo *nuovo*, ha però causa nell'*antico:* vi è sostituzione di quello a questo, in modo che estinto il primo ne occupa il luogo il secondo. Ciò posto, se i due rapporti sono legati da vincolo di causalità, non pare cosa difficile concedere alle parti il diritto di connettere al nuovo credito il pegno già costituito a garanzia dell'antico: e connetterlo non quale garanzia, perchè la semplice riserva può valere conservazione del pegno costituito, non come tale ma come *nuova sicurtà;* sibbene con la forza giuridica del pegno già esistente. Qui si ha la *surrogazione volontaria* nel diritto separato di pegno. L. 11, § 1, D. *de pign. ant.* (XIII, 7); L. 2, D. *qui potior.* (XX, 4); L. 30, D. *de novat.*, (XLVI, 2).

Col concetto ora esposto si può giustificare la legge che consente la riserva del privilegio. Rimarrebbe dubbio della esattezza di esso, raffrontandone il contenuto alle leggi romane su ricordate: dalle quali si deve inferire una *successio in locum* nella garanzia reale costituita a favore del primo credito. Ora la contraddizione cessa, quando si osservi che la teoria esposta concilia con esattezza il valore della novazione e quello della riserva: la riserva pura conserva la garanzia, che altrimenti non accederebbe al nuovo credito, ma la conserva nel senso di mantenimento della sicurtà; vero che la riserva può anche comprendere la sostituzione del nuovo all'antico credito rimanendo immutata la ragione della sicurtà, ma se le parti non avessero *in qualche modo* manifestato il loro intendimento in proposito, la riserva varrà soltanto costituzione di *nuova garanzia* sulle cose già date in pegno per il credito estinto.

Digitized by Google

ratizia convenzionale, o *legale*, dichiara pure nettamen di questo istituto speciale. La differenza sta in ciò: cl *rogazione*, contrariamente all'entità sua derivante dal agisce soltanto rispetto al pegno, si ristringe al *rapp ranzia:* il credito garantito è estinto, e riman sola l'*i*

Posto ciò, se data ipoteca su diversi stabili il cre su quello ch'è pur soggetto ad ipoteca posteriore, e ne è necessario ad estinguere il suo credito, il creditor posteriore rimasto in seguito a ciò perdente dovrebb senz'altro alle conseguenze di questo giusto eserciz poziore; ma la legge gli concede la surrogazione nell'ip quel credito gravava altri stabili: se qui si debba di condo la proprietà che ne avesse il debitore nel temp tuzione della sicurtà ed in quello della surrogazion luogo più adatto (2). Nell'istituto così concepito, s'aver nenza netta del rapporto ipotecario, come al tutto dal credito garantito in origine; la surrogazione non virtù di *pagamento*, avendo il creditore ipotecario an citato il diritto ***suo*** sopra il valor della cosa, nè pot menti intendere la non surrogazione nel rapporto di c pagamento (a differenza della surrogazione propria su estingue l'obbligazione, e pure rimane integro il rappo reale entro i suoi limiti originarî (4). Questo dim ragion della legge non può essere il concetto di *pagam* avviene nella surrogazione in genere; essa è dedotta siderazioni di equità, o di *divieto di atti emulativi* (5 ficano la ***surrogazione*** così eccezionale.

---

(1) Per il pegno proprio, stante il valor della consegna, non può di grado.

(2) La surrogazione ipotecaria del creditore perdente darà materi parte speciale: ed in particolare nelle applicazioni del principio, tevole il caso in cui il creditore anteriore abbia distribuito il cre mobili ipotecati. Su ciò v. Cass. Torino, 30 dic. 1892 (*Foro it.*, 18

(3) V. il n. precedente, t. e note.

(4) Cod. civ., a. 2011. Ma l'ipoteca rimane soggetta all'iscrizione perchè altrimenti il surrogato avrebbe diritti maggiori di quelli vano in virtù del pegno per la cui estinzione ebbe danno. Così la coordinata alle norme sul grado di più ipoteche concorrenti.

(5) Sull'*aemulatio*, v. SCIALOIA, in *Encicl. giur.*, v. *aemulatio*.

Digitized by Google

295. Del diritto del creditore di ottenere la risoluzion del contratto, o la decadenza dal benefizio del termine, se la sicurtà fosse diminuita per colpa del debitore che l'ha costituita; o la sostituzione di altri fondi a quelli già onerati, se questi perirono o ebbero deterioramento grave per effetto del caso, o del terzo costituente o del terzo possessore; o la risoluzione degli atti cui si riferisce l'ipoteca che fosse costituita per virtù di legge; o di agire contro il terzo costituente od il terzo possessore (limitatamente in questo caso (1)), quando non voglia agire contro il debitore; di ciò s'è fatto cenno nell'esposizione degli elementi essenziali della sicurtà (2), e si dirà largamente nel trattato speciale dell'ipoteca.

Qui occorre determinare nei suoi principî, quel che vien detto il maggiore effetto del pegno rispetto al creditore, ed è il mezzo di esercitarlo: la *vendita* della cosa gravata di sicurtà. Fissata la caratteristica principale del rapporto di pegno, come diritto al valore della cosa, la vendita apparisce qual mezzo necessario di ottenere la determinazione dell'oggetto vero: con la vendita vien liquidata la cosa, si fa succedere il *prezzo* nel luogo di essa, e non v'è altro modo di risolvere il concorso del diritto di proprietà e del pegno sulla medesima cosa, perchè la proprietà esiste sì, ma con la inerente diminuzion di valore, ond'è resa necessaria la liquidazione.

Questo concetto fondamentale, che lega la vendita all'entità stessa del rapporto di pegno, e dichiara la ragion giuridica del divieto della legge commissoria (3), per la separazione netta del diritto alla cosa dal diritto al valore, descrive con precisione la posizione giuridica del creditore procedente alla vendita. Egli si vale del solo mezzo possibile di determinare l'oggetto del suo diritto: mezzo che è già nell'entità del rapporto di sicurtà, non avendosi altra via di conseguirne l'effetto: valendosene, esercita il diritto suo. Non rileva, se altri diritti di proprietà o di credito concorrano assieme al suo sulla cosa:

---

(1) Cod. civ., a. 2020, cit.

(2) V. il n. 280, t. e note.

(3) Perciò ben s'ammettono, rispetto al modo col quale può seguir la vendita della cosa pignorata, quei patti che son diretti a tal fine, ch'è meglio legittimo di determinare l'oggetto della garanzia, e non rendono figura del patto commissorio vietato (A. Genova, 21 lugl. 1892, in *T. genov.*, 1892, 508); o non implicano la estinzione del pegno: come avviene se la consegna della cosa è fatta al costituente perchè la venda, sperando sia più proficua la vendita fatta direttamente da lui (Cass. fr., 25 nov. 1891 in *J. du Pal.*, 1893, 1, 465, e la n. di Lyon-Caen).

Digitized by Google

non perciò egli rappresenta questi interessati; si trova necessariamente in rapporto con loro, perchè s'egli vende esercitando il suo potere, deve pur rispettare le leggi regolanti il concorso del suo con gli altri diritti, e quindi, la liquidazione, la sostituzione del valore alla cosa in natura, è affare che interessa tutti (1), determinando per necessità legale, il nuovo oggetto sul quale i diritti di credito s'esperimentano.

S'è detto, diritto di proprietà o di credito: perchè il concorso sul *valore* liquidato si riferisce soltanto a quei rapporti dov'è dedotto come oggetto il *valor* della cosa; gli altri oneri reali gravano non il valore, sì bene la cosa per sè, e perciò la liquidazione avvien per la cosa, rispettando gli oneri reali che la gravano per il godimento. La vendita colpisce necessariamente il diritto di proprietà, ch'è il sostrato sul quale sono fondati tutti gli oneri di garanzia o di godimento: e pur liquidando, a dir così, la proprietà, non rimangono colpiti, perchè nella liquidazione si bada alla proprietà secondo l'estensione risultante dall'esistenza di essi, costituiti, s'intende, anteriormente alla sicurtà reale (2) od anche posteriormente, se tale è la legge della vendita per volontà del creditore. Il quale, procedendo alla vendita, non assume dunque la qualità giuridica di rappresentante il debitore, o gli altri creditori: egli esercita un diritto proprio, sebbene, come s'è detto, per il concorso necessario dei diritti di queste persone nella liquidazione del valore, possa trovarsi in rapporti con esse. Ma tali rapporti non derivano *per virtù giuridica propria* dalla rappresentanza: bensì dal concorrere nella cosa di diritti distinti (3).

---

(1) Cons. BONELLI, *La personalità giurid. dei beni in liquid. giudiz.* (*Riv. it. sc. giur.*, 1888, 193 e segg).

(2) Perchè quelli costituiti posteriormente non possono recare offesa alcuna al diritto del creditore, del quale sia validamente costituito il diritto di garanzia. La questione, che interessa particolarmente la sicurtà data per via d'*ipoteca*, sarà ampiamente studiata nella parte speciale, tenuto conto della diversa entità dei diritti costituiti nell'intervallo.

(3) L. 42, D. *de pign. act.* (XIII, 7): « *in venditione suum creditor negotium gerit* »; L. 13, *D. de distr. pign.* (XX, 5): « *...iure suo pignus distrahit* ». Cons. DERNBURG, op. cit., § 110.

Il concetto che su questo punto hanno gli scrittori moderni di procedura non è assai chiaro; e pare, che, affermando l'obbligazione dell'espropriato di garantire, a causa del *consenso* ch'egli avrebbe dato implicitamente ai creditori di procedere alla vendita dei beni, il concetto della rappresentanza non sia al tutto escluso. V. il rinvio fatto nella n. precedente; cons. GARSONNET, *Tr. th. et prat. de procéd.* (Par., 1882.1891), IV, § 706: e gli Aut. e le sent. che cita.

Digitized by Google

296. Il primo risultato dei principî esposti è di avere la determinazione esatta dei rapporti tra creditore, venditore ed acquirente in seguito alla vendita. Il creditore non è tenuto a rispondere dell'*evizione* (1); questo è concetto fondamentale, perchè il creditore non vende in qualità di proprietario, sì bene esercitando il diritto suo: e se evizione è conseguenza dell'obbligazione di garantire il diritto che si trasferisce, s'intende come il creditore non vi sia tenuto, non attribuendosi egli diritto di proprietà. Egli insta perchè si venda la cosa, soltanto a fin di liquidarne il valore; e perchè la vendita è *mezzo* di esercitare il suo diritto, la sola ragione della obbligazione sua di garantire è l'*esistenza* del diritto di sicurtà reale (2). Nè s'obbietti ch'egli non dev'essere tenuto per questa causa, non trasferendosi nell'acquirente il diritto di credito e di pegno; la liquidazione è operata mercè il trasferimento della proprietà, e perciò anche quest'atto entra nell'esercizio del diritto di garanzia reale; onde la necessità di garantire, derivante dal diritto esercitato. Quindi, se il suo diritto di sicurtà reale non avesse esistenza giuridica (3), o pur s'egli *sapesse* che il debitore od il terzo costituente non avevano diritto di proprietà sulla cosa data in pegno (4), l'obbligazione di garantire non è posta in dubbio: nel primo caso l'*inesistenza* del diritto ch'egli doveva conoscere, nell'altro la scienza del vizio dell'acquisto, lo rendono responsabile dell'evizione patita dall'acquirente. Il quale potrebbe trovarsi in colpa, e allora le conseguenze dell'evizione debbono essere regolate secondo i principî generali in materia di alienazione (5).

Il creditore che si vale della vendita a fin di esercitare il suo diritto di pegno, risponde pure degli errori occorsi negli atti di esecuzione, se imputabili a lui od al suo rappresentante; l'esercizio del

---

(1) L. 10, D. *de distr. pign.* (XX, 5).

(2) Cons. WINDSCHEID, § cit.

(3) La responsabilità deriva qui dai concetti generali esposti sull'obbligazione di garantire. V. il n. 277, t. e note. Oltre gli Aut. cit., veggansi la monografia di LABBÉ, in *Revue prat. de dr. fr.*, XIX (1865), p. 266; GARSONNET, op. cit., II, § 387.

(4) Questa scienza non dà luogo a responsabilità per *delitto* o quasi delitto civile; entra nell'*inesistenza* del diritto dell'instante, ch'era così conscio del vizio infirmante il suo titolo. Cons. App. Algeri, 2 genn. 1883 (*J. du Pal.*, 1884, 1, 106); Cass. fr., 31 genn. 1893 (*J. du Pal.*, 1893, 1, 176).

(5) Cod. civ., a. 1485.

Digitized by Google

diritto, entra nell'entità del diritto stesso, e così risponde chi non lo ha, come chi avendolo lo esercita violando le norme di legge preposte a ciò. Ben inteso, quando l'acquirente non fosse pur egli in colpa; come avverrebbe se mancata la notificazione degli atti preliminari di esecuzione ai creditori ipotecarî, e mancato il loro intervento, non si fosse fatto giudizio di graduazione. L'acquirente potrebbe sospendere, stante il pericolo di evizione (1), il pagamento del prezzo: in ogni modo, siccome concorre la sua colpa per non aver egli esaminato gli atti, le conseguenze dell'evizione son limitate: riservata sempre (2) l'azione possibile del danneggiato contro il conservatore delle ipoteche, per l'erroneità dei certificati (3).

Fin qui s'è avuta l'applicazione netta del concetto generale dell'evizione, dedotto dall'ordinamento che ne è fatto nell'istituto speciale della vendita; ed estendendoli, com'è di ragione, a qualunque *alienazione*, la *garanzia* ha qualità di elemento essenziale in tutte le alienazioni fatte a titolo oneroso (4). Perciò, secondo questa regola, l'obbligazione di garantire può essere ristretta (vendita a rischio intero dell'acquirente), od estesa (per qualunque causa d'invalidamento dell'alienazione coatta) nella legge della vendita proposta dal creditore, e fissata dall'autorità giudiziaria.

297. Ma all'infuori dell'obbligazione del creditore-venditore di rispondere dell'evizione, quando vi fosse tenuto; se la evizione dipendesse da fatti riferentisi non all'esistenza del diritto suo, od al corretto esercizio di esso, sì bene al difetto di proprietà nell'espropriato, l'acquirente avrà diritto di domandare al creditore instante, ed ai creditori i quali avessero partecipato la distribuzione del prezzo di vendita (chè rispetto al debitore, è qui identica la posizione giuridica dell'instante e di essi), la restituzione del prezzo?

La questione si rannoda al concetto della *causa*, ed alla comprensione della *cond. indebiti* (5). Parrebbe che l'acquirente non debba godere di questo rimedio, perchè il creditore ha proceduto alla ven-

---

(1) Cod. civ., a. 1510.
(2) Sia egli l'acquirente, oppure il creditore instante.
(3) Cod. civ., a. 2067.
(4) V. la n. 3 a pag. preced.
(5) Sulla questione, v. ora la mon. di De Pirro (Città di Castello, 1892).

Digitized by Google

dita soltanto per avere il soddisfacimento del *credito* garantito (1): ora, in virtù del suo diritto di credito, non si può dire ch'egli abbia esatto senza causa, e l'acquirente sapeva bene qual fosse il fine della vendita, qual fosse la destinazione del prezzo ch'egli era personalmente tenuto a pagare a fin di estinguere l'obbligazione garantita. Perciò, argomentando dal credito e dalla volontà dell'acquirente di estinguerlo, non si può dire abbia il creditore ricevuto il pagamento senza causa; onde l'impossibilità di agire contro di lui con la *cond. indebiti* (2). La risoluzione non par corretta; sebbene la vendita sia l'esercizio del diritto di garanzia, inteso, per sua natura, al soddisfacimento del credito, non si possono sforzarne le conseguenze fino a scorgere nell'acquirente una persona che paga a fin di estinguerlo. Dalle ragioni e dal carattere della vendita non si può trarre argomento per qualificare come non si deve la condizione giuridica dell'acquirente; la vendita esiste, e sebbene il prezzo sia destinato a determinare il valore che servirà poi al pagamento del credito, la ragion di versarlo o di doverlo è appunto l'acquisto. L'acquirente paga, o deve, perchè acquirente; se non acquista, cessa la *causa* del pagamento, o del debito. Porre senz'altro il pagamento od il debito del prezzo in relazione con la causa della vendita, e cioè il *credito* dell'instante, è lasciar da parte la figura di *acquirente* che è *causa* del pagamento o del debito del prezzo: che questi paghi per estinguere il credito dell'instante e degli altri crediti graduati è necessario per la ragion della vendita, ma la prima condizione cui tal conseguenza si connette, è ch'egli sia acquirente; non si deve quindi por mente alla *causa* in chi riceve ma anche alla *causa* onde si è mossi a *pagare*, perchè altrimenti si verrebbe a dire che l'acquirente non paga per tale sua qualità, sì bene per estinguere il giusto credito dell'instante. Egli, qualunque sia la destinazione del *prezzo*, paga in virtù dell'acquisto, e se del

---

(1) Il creditore procede alla vendita esercitando il suo diritto: e all'infuori del caso suindicato, non è tenuto ad evizione, perchè non *trasferisce il diritto di proprietà* come s'egli lo abbia, ma in qualità di creditore insta a tal trasferimento per ottenere la determinazione del valore che gli spetta. Parrebbe quindi, che tutt'al più nelle sue ragioni di credito debba subentrare l'acquirente (Cons. DERNBURG, l. cit.); ma, argomentando dalla nozione della causa rispetto all'acquisto, la risoluzione ch'egli debba renderne il prezzo è più corretta. V. in seguito.

(2) Su questo argomento, v. la monografia di DE PIRRO nel *Foro ital.*, 1888, 1, 107 e segg.; e v. la n. 2 nella pag. seguente.

Digitized by Google

pagamento fatto a termine di legge si avvantaggiano il creditore instante e gli altri creditori inscritti, ciò segue perchè la vendita è fatta a tal fine (1).

298. Se la vendita è il mezzo col quale il creditore pignoratizio esercita il diritto di sicurtà reale, e procede da lui non in qualità di proprietario, sibbene di creditore; e se la garanzia per evizione dev'essere intesa secondo questo fine dell'atto; certo è, che il debitore od il terzo pignorante non sono tenuti ad alcuna garanzia verso dell'acquirente, in conseguenza di un atto al quale intervengono sol perchè è necessaria la liquidazione del valor della cosa, e quindi della proprietà cui gli oneri tutti si connettono (2). Ma il proprietario il quale non è tenuto a garantire un diritto che egli non trasferisce di sua volontà, e che vien trasferito necessariamente per l'esercizio del diritto reale di sicurtà, può essere tenuto a farlo, non come proprietario che si debba considerare alienante verso l'acquirente, sibbene come proprietario *che abbia costituito* (alienando il valore) il diritto di pegno sulla cosa sua. Qui la garanzia è dovuta per via indiretta, potendo l'acquirente pretenderla perchè può esigerla il suo *autore* in qualità di creditore instante; e si riferisce interamente al rapporto di sicurtà reale. E come s'è detto che il costituente deve la garanzia quando l'abbia consentita volontariamente (3): così l'acquirente ha in tal caso il diritto, de-

---

(1) V. Chironi, *Riv. it. di sc. giur.*, 1889, p. 459 e segg.

(2) Altrimenti si vorrebbe costruire dalla maggior parte dei proceduristi moderni; v. la n. 3, nella pag. 592, e v. pure Colmet de Santerre, op. cit., VII, n. 76*bis*, II; Guillouard, *Tr. de la vente et de l'échange* (2ª ed., 1888-91), I, 318; Cass. fr., 28 maggio 1862 (*J. du Pal.*, 1862, 1, 747); App. Lyon, 6 marzo 1878 (*J. du Pal.*, 1878, 843); App. Bordeaux, 28 luglio 1882 (*J. du Pal.*, 1883, 1, 818). Ma la costruzione non è corretta; si argomenta da alcuni che la vendita è *consensuale*, supponendosi abbia l'espropriato consentito il diritto di vendere al creditore, il quale invece procede esercitando un diritto proprio e vende per ottenere quella liquidazione rispondente all'esercizio del suo potere; si argomenta da altri che vi è responsabilità dell'espropriato, il quale doveva dichiarare il difetto di diritto in lui. Nella qual teoria vi è, come si dirà nel testo, un concetto esatto: ma non vi è nettamente delineato il fondamento della *garanzia*. Cfr. De Pirro, l. cit. E cfr. pure Cass. di Roma, 6 lugl. 1892 (*Foro it.*, 1892, 1, 881). Cons. Cass. Napoli, 13 febbr. 1889 (*Foro it.*, 1889, 1, 955); App. Roma, 22 giugno 1887 (*Foro it.*, 1887, 1, 107); A. Trani, 1° apr. 1892 (*R. giur. Tr.* 1892, 418).

(3) Anche se la volontà è contenuta nella presunzione della legge? Non pare; perchè il creditore sarebbe anch'egli in colpa, dovendo conoscere, per il rapporto

Digitized by Google

rivato dal creditore instante, di pretendere la garanzia dovuta a quest'ultimo (1).

Fin qui la garanzia si connette sempre al concetto del diritto di *pegno*, ed è garanzia vera; ma può occorrere che il debitore, senza esservi tenuto per questa ragione, abbia verso l'acquirente obbligazione di rendere il prezzo. La qual cosa avviene quando il creditore instante, pur avendo qualità di creditore non abbia diritto di sicurtà, e l'acquirente patisca evizione: il prezzo pagato ha il credito, e perciò l'acquirente anche se ha l'azione di garanzia contro il creditore instante, può agire contro il debitore, sebbene non tenuto per la ragione della garanzia, in virtù del vantaggio che gli ha recato. È una *versio in rem:* ed il debitore è obbligato verso l'acquirente, non potendo egli arricchire ingiustamente a detrimento altrui.

299. I principî esposti traggono maggior conferma dalla determinazione dei rapporti del creditore instante col debitore, col terzo costituente la sicurtà, con gli altri creditori, e coi terzi possessori. Perchè rispetto agli altri creditori non è a tenersi che egli operi liquidando per sè: la liquidazione è ordinata in modo da farvi concorrere quanti hanno diritto al valor della cosa, perchè l'esercizio del diritto di uno dei creditori induce necessariamente la sostituzione del valore alla cosa onerata, specializza rispetto a tutti l'oggetto vero dei rispettivi diritti, senza bisogno di accumulare spese inutili di esecuzioni distinte sul medesimo oggetto (2). Ond'è che la riduzion della cosa in valore interessa i creditori tutti, perchè sul valore s'effettua il concorso loro: così, l'oggetto di questi

---

che aveva anteriormente verso la cosa, l'entità del diritto spettante su di essa all'espropriato. Egli dovrebbe perciò conoscere il contenuto del suo diritto, e la sua responsabilità verso l'acquirente sarebbe al tutto diretta. A differenza di quanto avviene nel pegno legale, in cui non è tenuto a garanzia l'espropriato che non costituì sicurtà; non il creditore, il quale procede in virtù dell'esecuzione reale consentitagli dalla legge, e che è tenuto soltanto a restituire il prezzo, che altrimenti terrebbe senza causa. L'espropriato potrebbe essere tenuto, qualora fosse dimostrato ch'egli conosceva il suo difetto di diritto sulla cosa; ma la responsabilità terrebbe al concetto di colpa extra-contrattuale (Cod. civ., a. 1151). A parte poi il concetto esposto nel testo rispetto alla *versio in rem.*

(1) Cod. civ., a. 1234.

(2) Onde la procedura del concorso. Cod. civ., a. 2090 e segg.; Cod. di proc. civ., a. 650 e segg.; 750 e segg.

Digitized by Google

diritti di sicurtà (e di credito) concorrenti vien determinato sul *prezzo*, e la proprietà è trasmessa all' acquirente senza pesi di questa specie, con grande giovamento dell'espropriato e dei creditori, i quali nel concorso di più offerentisi a comprare hanno la sicurezza che il valor della cosa toccherà il giusto grado. Ciò prova come il concorso dei creditori tutti nella liquidazione del valor della cosa, sia procedura ben coordinata ai principî: per il fatto di uno dei creditori si determina l'oggetto dei diritti concorrenti: oggetto genericamente comune, sul quale s'effettua il concorso regolato da ragioni di prevalenza, od in proporzione all'entità del credito. Ed assieme alla liquidazione di questi diritti, che dev'essere fatta nel liquidare il valore su cui cadono, vien liquidata la proprietà rispetto al proprietario: perchè senza di ciò non è possibile determinare il valore, costituendo la proprietà come la base dei diritti reali onde riman modificata. S'intende del valore della proprietà dedottine gli oneri reali di godimento; i quali, non consistendo nel valor della cosa, non entrano nella liquidazione fatta a scopo di determinarlo.

Di qui move l'origine dei rapporti che possono nascere tra il creditore instante e gli altri creditori: non è il mandato, o la gestion d'affari (sebbene la volontà degli interessati possa dar causa a queste figure), ma la liquidazione, l'esercizio del diritto del creditore, spiegantesi su di un oggetto che è pur tale per i diritti degli altri interessati (1). Perciò nella liquidazione concorrono debitore, o terzo costituente, e creditori; essi in virtù del diritto che hanno sulla cosa o sul valor della cosa, hanno il potere di opporre al creditore instante tutte le eccezioni da cui possa seguire la dichiarazione di nullità della procedura di esecuzione, per non avere l'instante credito veruno, o per difetto di sicurtà validamente costituita, o per vizio di forma. Se il debitore od il terzo possessore chiamati debitamente non comparissero per opporre queste eccezioni, inutilmente si volgerebbero poi contro l'acquirente a fin di chiedere l'inefficacia dell'acquisto, pur dichiarando di stabilire con la insolvenza dell'instante il concorso del dolo di entrambi; avendo mezzo di far valere le proprie ragioni, il silenzio tenuto nonostante la pubblicità data agli atti,

(1) Concetto posto a fondamento della giustificazione qui fatta del privilegio per le spese di giustizia.

Digitized by Google

dà una presunzione assoluta di buona fede (1). Contro l'instante si può instituire l'azione di risarcimento per l'ingiuria patita (2): purchè siano dimostrati tali fatti, la cui virtù vinca l'induzione che si può trarre dal silenzio tenuto.

La ragion dei rapporti descritti, la liquidazione cioè del valore e l'interesse comune giustificante il concorso, dichiara come per questo sian posti direttamente in relazione i concorrenti e l'espropriato verso il prezzo, o verso l'acquirente tenuto a pagarlo. Dichiara pure come dedotto dal prezzo e dagli accessorî il pagamento dei crediti concorrenti, il sovrappiù spetti all'espropriato (3); il creditore instante e gli altri creditori hanno diritto soltanto a quella parte del valore ricavato che corrisponde all'ammontare dei crediti rispettivi, e non a tutto il valor della cosa. E siccome la liquidazione della proprietà è operazione necessaria per liquidare il valore, secondo è richiesto dal giusto esercizio del diritto di sicurtà reale, ed in questa son pure comprese le spese occorse perchè derivate dall'inesecuzione dell'obbligazione garantita; così, l'espropriato deve sopportare che sian dedotte dal prezzo di acquisto. La qual deduzione rispetto ai creditori concorrenti è fatta per via di prelevamento: essi traggono utilità da queste spese che hanno dato modo di determinare l'oggetto comune dei loro diritti di credito; l'instante le ha fatte, è vero, per esercitare il diritto suo, ma riescono necessariamente di vantaggio a tutti i concorrenti, dei quali ognuno avrebbe dovuto sopportarle se avesse intrapresa la procedura di esecuzione reale.

300. Le cose esposte sulla liquidazione del valore rispetto alla proprietà, s' estendono al caso di sicurtà reale costituita su altro diritto suscettibile di pegno; la determinazione del valore vien fatta in virtù degli stessi principî, perchè se questo diritto è idoneo alla costituzione del pegno secondo avviene della proprietà, in egual modo dovrà seguirne l'esercizio.

Il quale per seguire regolarmente abbisogna di alcuni termini, che son dedotti dall'entità del pegno considerato per sè come alie-

---

(1) Cod. civ., a. 2015. E non soltanto i creditori ipotecarî, ma anche i creditori chirografari possono ben opporre questa nullità, per l'interesse legittimo che vi hanno: aumentando per essi con la nullità la probabilità di un utile collocamento.

(2) Cod. civ., a. 1151.

(3) Cod. civ., a. 2092.

Digitized by Google

nazione di valore, o del pegno considerato nel fine che è il soddisfacimento del valore dedotto nel credito, per intero o per la parte cui è limitata la garanzia. Il primo di questi concetti dà fondamento al carattere di *liquidità* del credito (1); la *quantità* del valore che si vuol ottenere mediante la determinazione del valore intero della cosa, dev'essere certa, perchè mal si esercita l'alienazione contenuta nel pegno se l'*oggetto* non è precisato nettamente: sapere e dichiarare *quanto* si vuol conseguire, è termine dell'esercizio di questo rapporto per sè, ed in relazione agli altri interessati, ai quali, per l'interesse che hanno rispetto alla cosa, è data facoltà di soddisfare il creditore instante pagandogli quel valore ch'egli vorrebbe trarre dal valore liquidato per via della vendita (2).

Il secondo concetto dà ragione degli altri due termini; si consideri nel pegno il carattere prevalente di esecuzione reale o pur l'altro della sicurtà, in ambi casi è sempre certa la relazione di esso col credito garantito: perciò questo dev'essere *scaduto*, e dell'intenzione di procedere sulla cosa si deve dar notizia al debitore ed al terzo possessore. Sul primo dei due termini non può occorrere dubbio alcuno, sapendosi che nel rapporto di garanzia è contenuto l'identico diritto al valore dedotto nel rapporto di credito; il quale nella garanzia non può avere entità giuridica diversa da quella che ha nell'obbligazione, ritenuta perciò come rapporto principale rimpetto all'altro della sicurtà reale. La ragione di questo termine si può anche trarre dall'entità dell'alienazione contenuta nel pegno, considerando questo rapporto come *condizionale:* sarebbe uno degli estremi onde risulta l'avvenimento (non pagamento alla scadenza fissata) che dà efficacia giuridica all'alienazione.

La scadenza del credito garantito è fissata secondo la volontà delle

---

(1) La liquidità del credito, contraddetta da molti romanisti (v. DERNBURG, l. cit.), non può essere discussa secondo l'ordinamento del diritto odierno (C. civ., a. 2084; C. di proc. civ., a. 562 e segg.), che richiede la notificazione del precetto di pagare entro un dato termine.

(2) Lo *ius offerendi* è causa di surrogazione legale nel credito (Cod. civ., a. 1253, cit.); non si può dire ch'esso, fondato sul concetto generale esposto nel testo e sull'interesse che ha il creditore con grado *posteriore* di raffermare il diritto suo di garanzia reale (questo è il senso delle espressioni *confirmat ius suum*), sia passaggio di pegno senza credito. Rispetto al quale produce, col *pagamento*, vera surrogazione (Cons. e cfr. VANGEROW, op. cit., § 377; WINDSCHEID, op. cit., § 233, *b*, 4).

Digitized by Google

parti, o secondo è ordinato nella legge (1). Che se il pagamento dovesse farsi in più volte, il creditore avrebbe certo il potere di agir sulla cosa (2) quando alla scadenza di uno dei termini fissati non ottenesse il pagamento della parte dovuta; è parte del credito con scadenza propria, esigibile, ed il pegno garantisce nella sua interezza tutto il credito e qualunque parte di esso. Le parti possono convenire che l'azione sulla cosa onerata di sicurtà debba essere esercitata soltanto all'ultima scadenza, e possono limitarla anche al caso che *tutto* il credito non sia stato pagato: nel primo di questi patti esiste di necessità la rinunzia del creditore di valersi della facoltà datagli dalla legge, di tenere il debitore decaduto dal benefizio del termine (3).

Dell'ultimo termine, il dovere cioè di dar notizia al debitore, ed al terzo possessore, dell'azione che si vuol esercitare sulla cosa onerata, si può dubitare se non valga costituzione in mora; specialmente quando si consideri non aver il precetto mobiliare virtù di atto iniziatore dell'esecuzione, come non l'ha il precetto immobiliare se manchi la trascrizione (4). Ma altro dalla mora propriamente detta è lo scopo di questi atti; la mora è ritardo colposo, constatato a fin di averne il risarcimento nella misura ordinata dalle parti o dalla legge; il precetto tende soltanto ad avvisare i maggiori interessati, debitore e proprietario della cosa onerata, che s'intraprende la dispendiosa e per essi dannosa procedura dell'esecuzione reale. Cosicchè una propria costituzione in mora non è termine necessario per iniziare la liquidazione, dedotta dal rapporto tra l'obbligazione ed il pegno; e la necessità dell'avvertimento contenuto nel precetto è giustificato dall'importanza, dalla gravità dell'esecuzione reale, nè occorre d'inferirla dal rapporto tra il pegno e l'obbligazione garantita, quasi fosse la sicurtà vera *obligatio rei*.

---

(1) Cod. civ., a. 1223.

(2) DERNBURG, op. cit., § 97.

(3) Cod. civ., a. 1176.

(4) Posta la difficoltà in questi termini, perde assai d'importanza; il precetto non è propriamente costituzione in mora, ma, costituendo l'ingiunzione di pagare, ne ha gli effetti. È appunto il ragionamento di DERNBURG (op. cit., § 97), nel raffrontare la mora alla necessità della denunzia precedente la vendita.

Sull'argomento cons. specialmente WENING-INGENHEIM, *V. d. Gultigh. d. Pfandveräusser.*, in *Zeitschr., f. C. R.*, I, p. 354 e segg. E sulla sufficienza del precetto quando il credito sia certo e liquido, cons. App. Venezia, 24 apr. 1891 (*T. ven.*, 1891, 463).

Digitized by Google

§ 3.

Gli effetti del pegno costituito rispetto al costituente.

SOMMARIO — **301.** Quali diritti rimangano al costituente sulla cosa onerata. Modificazioni dipendenti dalla costituzione della sicurtà: differenza su tal punto tra il costituente ed il terzo possessore. — **302.** Può costituire servitù? può diminuire il valor della cosa? può costituire altre sicurtà? può alienar la cosa? Se il creditore abbia diritto di valersi della pauliana. Effetto del patto di non alienare. — **303.** Se, nel caso la proprietà sua dipenda da condizione risolutiva potestativa lecita, possa determinarne l'avvenimento dopo costituito il pegno. — **304.** Se il terzo costituente abbia le eccezioni del fideiussore.

301. Il diritto di pegno, contenendo soltanto un'alienazione di valore, non toglie al debitore od al terzo costituente la proprietà della cosa onerata (1); chè anzi, secondo avviene degli oneri reali in genere, la proprietà è elemento necessario perchè abbia esistenza. Come la proprietà possa rimanere integra in seguito al concorso degli oneri reali che ne diminuiscono l'entità, non occorre qui d'indagare: rappresenta il potere più esteso sulla cosa, è il sostrato sul quale si costruiscono i rapporti giuridici dov'entra immediatamente la cosa per sè o per il valore che vi è contenuto, e questi, intrecciandosi necessariamente ad essa non la tolgono: la modificano. Onde la necessità di dedurla nel giudizio di liquidazione del valore (2).

---

(1) Concetto di già rilevato nella ricerca sul contenuto del pegno: il costituente *onera* il suo diritto sulla cosa dedotta nel rapporto di sicurtà, ma non lo aliena in modo da perderne la disposizione. Cass. fr., 16 apr. 1889 (*J. du P.*, 1892, 1, 339); App. Genova, 23 genn. 1889 (*Eco genov.*, 1888, 1, 311). In seguito a ciò, parrebbe, che il proprietario dell'immobile costituito in ipoteca, possa, disponendone, ben procedere a tagliarvi i boschi, qualunque ne sia la specie (App. Dijon, 6 luglio 1881, in *J. du P.*, 1884, 1, 310); ma la risoluzione non è corretta. Perchè, dalla modificazione indotta al diritto di proprietà mediante la costituzione del pegno è derivato un diritto reale al creditore pignoratizio, nè il costituente può, disponendo del diritto principale, far atto per cui quello rimanga offeso. E lo sarebbe se ne venisse permanentemente diminuito il valore della cosa ipotecata; onde la necessità di distinguere tra il bosco *frutto* ed il bosco che è parte intima del valore del fondo, e di regolare l'indagine secondo i criteri sulla diminuzione di valore della cosa ipotecata.

(2) Dedurre la proprietà, ma non come tale in via assoluta, sibbene come spettante al costituente che la oppignorò. La proprietà cade nel giudizio di liquida-

Digitized by Google

Questa relazione tra l'entità del diritto di proprietà e l'esistenza dei diritti reali, con la modificazione che ne deriva necessariamente alla proprietà su cui consistono, induce il divieto al proprietario di far cosa onde il diritto reale abbia ingiuria; il qual concetto riferito al diritto di pegno significherebbe non potere il costituente far atto dal quale sia diminuito il valore della cosa. Ma il criterio regolatore dei rapporti tra il proprietario ed il creditore pignoratizio, esposto così non ha la precisione necessaria, perchè tenuta presente la causa onde può derivare la costituzione del pegno, si deve indagare se a lato di questo rapporto non ne esistano altri derivanti dall'alienazione consentita con volontà espressa, o presunta dalla legge; e se da ciò non si debba trarre una ragion di distinzione tra il proprietario costituente la sicurtà reale, ed il terzo possessore della cosa gravata.

Condotta la indagine secondo i principî, s'osserva nel concorso di questi rapporti, moventi da ragione immediata diversa, come una sovrapposizione, od una confusione di essi. La coesistenza della proprietà e del pegno induce tra i soggetti dei due diritti la relazione già descritta: ma vi s'aggiunge l'altra risultante dal fatto della costituzione del pegno, o dall'essere il proprietario della cosa onerata debitore della obbligazione garantita. Perciò, l'obbligazione del costituente (qualunque sia la causa della sicurtà reale), è aggravata; al dovere giuridico nascente dalla coesistenza dei rapporti *reali* s'unisce altra ragion di vincolo personale, e la estensione del potere che il proprietario in tal qualità avrebbe sulla cosa rispetto al creditore pignoratizio, è menomata dall'aver egli, per la costituzione del pegno, obbligo di non diminuire in qualunque modo il valore della cosa onerata. La qual restrizione derivante dall'alienazione del valore, è ben giustificata dalla posizione giuridica dell'alienante di fronte all'acquirente; e nel caso in cui la garanzia reale abbia nascita dalla sola virtù della legge la restrizione è spiegata dalla posizione del debitore di fronte al creditore, il quale ha diritto di esperire misure conservative a tutela della garanzia patrimoniale in genere,

---

zione, in quanto vien tolta al pignorante, e alienandola si pone nel suo patrimonio (per la liquidazione in favore dei creditori procedenti) il *valore* in luogo della cosa: la proprietà è trasmessa libera all'acquirente da ogni onere di pegno. L. 6, C. *qui pot.* (VIII, 17). La liquidazione si riferisce dunque al diritto di proprietà secondo l'entità che aveva rispetto al costituente. Cons. BREMER, op. cit., p. 68.

Digitized by Google

convertita, specializzata nella sicurtà reale. Perchè la caratteristica dell'*esecuzione reale*, già avvertita nella struttura giuridica del pegno (1), maggiormente si rileva nella garanzia *semplicemente legale*, dove l'elemento del *privilegio* si fonda necessariamente su quel concetto.

Nel primo di questi due casi (pegno *volontario*) il creditore pretende la integrità della cosa per l'obbligazione che il debitore ne ha, non come debitore ma come costituente il pegno; nel secondo, la pretende in virtù dell'elemento patrimoniale contenuto nella obbligazione. In ambi casi il vincolo è al tutto personale, e di qui la differenza tra il debitore od il terzo pignorante ed il terzo possessore: rispetto al quale non esiste alcuna delle ragioni di vincolo descritte, e rimane quindi, unica fonte di rapporto, la coesistenza dei poteri reali sulla cosa. Il terzo possessore ha diritto di esercitare il potere inerente alla proprietà, ed a fin di conciliare (salva la diversa volontà delle parti) l'estensione di questo potere con la integrità del diritto di pegno, è ordinata la sua responsabilità per i danni ch'egli avesse dati all'immobile con *grave colpa* (2).

302. Il concetto della persistenza del diritto di proprietà (al quale si agguaglia nella costruzione presente ogni altro diritto pignorabile), e della obbligazione, più o meno estesa secondo la condizione personale del proprietario, di non dare ingiusta lesione al diritto di pegno, dà modo di definire alcune particolarità sull'esercizio del potere che il proprietario conserva sulla cosa onerata. Ch'egli abbia soltanto il possesso legittimo, ed in conseguenza possa acquistare

---

(1) Nel ricercare l'entità del pegno, ed in ispecial modo il contenuto dell'ipoteca legale, si è bene accentuata l'influenza che nella sua determinazione ha la figura del privilegio. L'ipoteca legale che ha carattere di *generalità* (intesa nel senso più volte rilevato), è prelazione con carattere di realità; e nella speciale, quando non si volesse argomentare dal volere delle parti secondo è presunto dalla legge, si può riscontrare la figura della prelazione con aspetto di realità, ristretta a quelle cose particolari rispetto a cui la ragion della prelazione può avere giustificazione speciale. In tutti questi casi, sebbene la realità contenga il privilegio, ossia, sebbene il privilegio sparisca nella realità del rapporto, la ragione della garanzia patrimoniale in genere, su cui il concetto di prelazione si adagia, pon meglio in rilievo la figura di *esecuzione reale*, e la facoltà del creditore di valersi dei mezzi consentiti a tutela di quella garanzia.

(2) Cod. civ., a. 2020 cit.

Digitized by Google

mediante la prescrizione, non è dubbio: il creditore pignoratizio non ha diritto sulla cosa per sè, ma soltanto sul valore di essa. Che possa costituirvi altra *ipoteca* (per il *pegno* proprio la costituzione vera richiede la consegna della cosa (1), non fa difficoltà; l'alienazione contenuta nel pegno si riferisce al valore in genere della cosa, e quindi la possibilità che di esso si alieni a più persone; nel fatto il creditore anteriore non soffre danno, perchè il concorso dei varî creditori è regolato dall'*anteriorità* del rapporto costituito debitamente. E neppure rileva che possa costituirvi servitù reali o personali, entrando questa facoltà nel potere di disporre della cosa; ma dall'esistenza di tali diritti non può non averne diminuzione il valore della cosa, e perciò nell'*esercizio* del diritto di vendere il creditore ipotecario può ben disconoscerli; oggetto del suo diritto è il valore della cosa secondo la condizione giuridica di essa nel momento in cui è stato costituito. E se la esistenza del diritto reale consentito dal proprietario, inducesse diminuzione del valore fin da principio (p. es., taglio di piante non cedue), il creditore ipotecario ha potere di opporre subito la inefficacia del negozio; riservata, per la questione del risarcimento, la necessità avvertita di distinguere tra il proprietario costituente o debitore, ed il terzo possessore (2).

Nè maggior dubbio può cadere sul diritto di alienare spettante al proprietario della cosa pignorata: in questo atto si manifesta la virtù più alta del potere ch'egli ha su di essa; nè dall'esercitarla il creditore pignoratizio ha danno, perchè il pegno gli conferisce la ritenzione, e nell'ipoteca il diritto reale *perfetto* segue la cosa presso qualunque possessore. Ond'è, che tenuto pur conto dell'invalidità delle convenzioni contrarie alla libertà del commercio ed all'entità dei rapporti giuridici, il patto di non alienare non produce effetto rispetto alla cosa, che in conseguenza vien trasmessa liberamente. Il divieto di alienare contraddice alla funzione economica della proprietà, alla sua consistenza giuridica, ed altera la struttura del pegno, dov'è soltanto alienazione di valore: sopprimerebbe l'esercizio di un diritto che non è in conflitto alcuno col rapporto di sicurtà reale.

---

(1) Cod. civ., a. 1882.
(2) Cod. civ., art. cit.

Digitized by Google

Altro è ricercare se il creditore ipotecario (nel pegno, la ritenzione elimina la questione, ed anche la figura del terzo possessore (1) possa valersi dell'azione pauliana. L'esistenza del danno può riscontrarsi nella facoltà di purgare l'immobile, consentita al terzo possessore; ed il diritto del creditore può trarsi da questa sola considerazione, se l'alienante è un terzo costituente, ed anche dal considerare la garanzia come specializzazione della garanzia patrimoniale generale, se il costituente è lo stesso debitore. La difficoltà è qui tutta nell'indagare, se nell'atto, esaminato rispetto ai poteri del creditore pignoratizio e del proprietario, ed ai rimedi che quello ha nel caso di offerta di purga, s'abbiano gli elementi del danno ingiurioso, ch'è uno dei termini essenziali della pauliana. La qual ricerca sarà fatta nello studio speciale dell'ipoteca (2).

303. Dalla posizione giuridica del costituente (sia egli debitore o pure un terzo) secondo gli è fatta dall'aver consentito il pegno, dovrebbe inferirsi che s'egli avesse acquistato la proprietà della cosa sotto condizione risolutiva dipendente in modo lecito dal fatto suo, dopo costituita la sicurtà non potrebbe validamente porre l'avvenimento dal quale deriva la risoluzione del suo diritto. La qual decisione par che offenda l'istituto della condizione, dove la retroattività è ordinata senza distinguere specie di condizione, ed il modo di concepirla; quindi, ammessa in ogni caso l'efficacia retroattiva, basterebbe riservare al creditore danneggiato soltanto il diritto che gli viene dall'obbligazione legale di garantire. Ma la ricerca condotta su questi termini è ristretta assai: perchè conviene s'esamini, se per il fatto della costituzione del pegno, il costituente non sia di necessità tenuto a mantenere un diritto ch'egli ha già esercitato, e del quale s'è valso, consentendo con la sicurtà l'alienazione del valore a chi deve presumere (buona fede) non possa più spiegarsi contro al mantenimento del diritto una volontà che l'ha fatto di già

---

(1) Vi si oppone, secondo è stato avvertito, la natura giuridica della cosa mobile, e l'entità del pegno richiedente alla perfezione sua la consegna della cosa. Altro è vedere, se tale consegna debba seguire materialmente rispetto al creditore pignoratizio, o se il solo animo del costituente di tenerla presso di sè a nome del creditore (costituto possessorio) sia sufficiente allo scopo: la qual risoluzione parrebbe meglio corretta.

(2) A questa risoluzione si è altra volta accennato.

Digitized by Google

valere. Il quale atto considerato rispetto al negozio costituito sotto condizione risolutiva, dovrebbe significare non rinunzia a concorrere per avverarla, chè di tal volontà, riferendosi ad altro rapporto, si può dubitare se non debba essere accettata dalla persona che in questo ha parte (1); sibbene, un fatto per il quale è reso impossibile giuridicamente l'avvenimento dedotto nella condizione (2). Ma neppur così si ha una costruzione compiuta: da un lato non vi si può tener presente il caso della condizione risolutiva contenente garanzia dell'alienante, e dall'altro non vi si dà il dovuto rilievo alla condizione del terzo acquirente. La quale ultima considerazione ha virtù prevalente; e s'è già avvertito come, ponendo assieme il concetto della buona fede del terzo e la *pubblicità* ottenibile mediante la trascrizione, la legge abbia equamente regolato il conflitto tra il diritto dell'alienante sotto condizione risolutiva, e del terzo che nell'intervallo abbia acquistato diritti sulla cosa.

304. La discussione tenuta sulla entità del pegno, secondo è costituito dallo stesso debitore, o pur da un terzo, ha conceduto di affermare che in quest'ultimo caso si rileva nel rapporto il carattere prevalente della garanzia. Si potrebbe perciò dubitare se al terzo costituente, garante non per vincolo personale ma per via dell'alienazione del valore, non si debbano concedere le eccezioni consentite al fideiussore: e la questione sarà specialmente esaminata nel trattato dell'ipoteca; dai concetti fondamentali si può dedurre fin d'ora, che l'averla consentita al creditore con la forma di diritto sulla cosa dà alla garanzia *reale* figura giuridica propria, ed al creditore il potere di agire direttamente su di essa per ottenere il valore alienato. Il costituente non è personalmente obbligato: ma per il rapporto che esiste tra il credito e la garanzia, può ben valersi di ogni eccezione non meramente personale al debitore (3).

---

(1) Per l'entità, già indagata, dell'unilateralità della rinunzia.

(2) Cod. civ., a. 1168.

(3) Arg. Cod. civ., a. 1927. I concetti qui esposti, e che saranno ampiamente svolti in seguito, dimostrano che il terzo pignorante a garanzia del debito altrui, sebbene non personalmente obbligato, si trova, nella sua qualità di proprietario della cosa onerata, quasi in condizione di fideiussore. Certo, le differenze, come si è osservato nel testo, son gravi; ma quando si pensi che qui s'avrebbe l'onere reale di garanzia prestata a fin di fideiussione (se è possibile adottare un termine riservato all'obbligazione di sicurtà), s'intende che il terzo pignorante od il terzo

Digitized by Google

§ 4.

Effetti del pegno costituito, rispetto agli altri creditori ed ai terzi possessori.

SOMMARIO. — **305.** Concetti generali; rinvio. — **306.** Nullità della costituzione del pegno: se possono opporla i creditori semplicemente chirografari. — **307.** Dell'azione pauliana. Se i creditori chirografari possono sperimentarla avverso la costituzione del pegno.

305. Degli effetti del pegno costituito rispetto agli altri creditori pignoratizî o chirografari, ed ai terzi possessori, non si può tener qui se non discorso sommarissimo; chè troppa è la relazione tra le questioni riferentisi a tale argomento, e le forme speciali della sicurtà reale. Così, dei rapporti coi terzi possessori si può dire ampiamente nel trattato dell'ipoteca, chè nel pegno, la forma della costituzione non ammette questa figura; e qui si può ripetere soltanto il concetto dell'alienazione di valore che è nell'ipoteca, onde il diritto del creditore rimpetto al terzo possessore di trarre dalla cosa l'oggetto del suo rapporto, e di trarlo direttamente senza ombra di obbligazione personale del terzo. L'obbligazione personale può esistere, ma non in dipendenza della entità del pegno, sibbene per effetto del danno dato con colpa grave alla cosa onerata; il rapporto deriva dall'esercizio illegittimo del proprio potere, onde la figura del delitto o quasi delitto (1).

Parimenti, del concorso dei vari creditori si può dire compiutamente e chiaramente, nei trattati speciali della sicurtà reale. Qui,

---

possessore ch'ebbe causa da lui, esercitano quei diritti consentiti al fideiussore nella misura rispondente alla realità del rapporto, come proprietarî di una cosa o soggetti di un diritto onerato di sicurtà per altri. La garanzia per altri è data qui non dalla persona, ma dalla cosa: ed il proprietario ne fa valere gli effetti. Cons. su ciò Cass. di Torino, 4 ott. 1873 (*Monit. Tr.*, 1893, 1072); Cass. di Roma, 6 febbr. 1892 (*Giur. it.*, 1892, 101); App. Casale, 5 giugno 1893 (*Foro it.*, 1893, 1, 1262), e sull'azione di rilievo consentita al terzo ipotecante, Cass. di Palermo, 25 giugno 1892 (*Foro it.*, 1892, 1, 1256).

(1) Alcune legislazioni germaniche ordinano che il terzo acquirente assuma, per il fatto dell'acquisto, anche l'obbligazione personale. Lo studio di questa teoria non fondata sul concetto del pegno come *obl. rei*, sarà fatto nel trattato speciale dell'ipoteca. V. ROTH, op. cit., § 309, III; FÖRSTER (ed. ECCIUS), op. cit., I, § 102; Cod. civ. sass., § 515; L. pruss., a. 41; Prog. di C. civ. germ., § 318, 2°.

Digitized by Google

deducendo dai principî esposti, basta s'accenni appena alla prelazione derivante dalla sicurtà reale o da privilegio, il quale talvolta è superiore alla stessa sicurtà (1); e come rispetto ai creditori chirografari la prelazione risulta dall'alienazione del valore contenuto nella specializzazione della garanzia patrimoniale generale, se la sicurtà è costituita dallo stesso debitore, o pure dalla garanzia, se è costituita da terza persona; così, rispetto ai creditori ai quali fosse data *ipoteca* sulla medesima cosa, il concorso è regolato dall'anteriorità dell'alienazione, risultante dalla costituzione di essa secondo le forme legali. Si è detto dell'ipoteca: chè nel pegno, per via della consegna, non vi è possibilità di questo concorso; può esservi conflitto tra più persone cui sia stato *promesso* il pegno sulla stessa cosa, ma è risoluto dalla costituzione effettiva che ne sia venuta mediante la consegna (2).

Di altri rapporti si è pur fatto cenno nella esposizione dei principî in materia di *vendita* della cosa onerata. Così, si è detto del divieto di atti emulativi qual fondamento della surrogazione ipotecaria a favor del creditore perdente, supponendo la legge possibilità di accordi fraudolenti a suo danno; ma avvertasi che qui non si hanno veramente rapporti fra i due creditori: la legge sola ordina la surrogazione in via di equità, perchè il concetto dell'esercizio legittimo del proprio diritto toglie l'altro della responsabilità. Il divieto di atto emulativo indurrebbe invece questi rapporti; cosicchè è più corretto dir di provvedimenti d'equità, derivanti non da divieto di atto emulativo, sì bene da supposizione d'esistenza di atto emulativo. E la questione si riferisce specialmente alla materia ipotecaria (3).

---

(1) Cod. civ., a. 1953.

(2) V. su di ciò la n. 1 a pag. 606. La questione sarà interamente svolta nel trattato speciale del pegno proprio. Sulla necessità della consegna, v. App. Venezia, 23 ag. 1890 (*Temi ven.*, 1890, 463); Trib. Roma, 3 mag. 1890 (*Temi rom.*, 1891, 281); senza la consegna, non s'avrebbe a favore del creditore l'azione reale. E rispetto al titolo al portatore costituito in pegno, v. App. Lyon, 6 luglio 1889 (*J. du P.*, 1892, 2, 37); e la Cass. fr., 24 giugno 1891 (*J. du P.*. 1891, 1, 795), che afferma rimanere senza la consegna solo il pegno del credito. La consegna è certo necessaria; ma sull'entità di essa, qual termine della costituzione vera del pegno, v. la n. cit. in princ.

(3) Rispetto alla surrogazione ipotecaria speciale: Cod. civ., a. 2011.

Digitized by Google

306. Due questioni di ordine generale possono avere svolgimento qui, dove sono stati appena delineati i rapporti tra i creditori in dipendenza del pegno costituito. Una si riferisce alla *validità* di tale costituzione: quando essa manchi, e l'eccezione non sia strettamente personale dal debitore, gli altri creditori possono opporla. E s'avverta che questo potere non deriva loro dal diritto di valersi delle difese patrimoniali del debitore, esercitandole cioè come derivate da lui; essi hanno un interesse proprio nella garanzia patrimoniale, nata dal rapporto stesso di obbligazione (garanzia impropria), o dalla sicurtà reale. Ai creditori specialmente chirografari si riferisce la prima causa; agli ipotecari di grado inferiore la seconda, perchè la nullità di un'ipoteca anteriore profitta ad essi, e per identico riflesso si riferisce anche ai creditori privilegiati inferiori contro la costituzione del pegno proprio. Ma anche in questo secondo caso occorre la prima causa, considerando la sicurtà reale (e più il privilegio) come fondata sulla garanzia patrimoniale generale, che da essa è specializzata e determinata. Perciò (e qui occorre nuova ragione di distinguere tra la sicurtà conceduta dallo stesso debitore, e quella costituita da un terzo), la nullità della costituzione può essere proposta dagli altri creditori del debitore quando si riferisca a pegno costituito dal debitore; se costituita dal terzo, è garanzia non estendentesi per ragion di sua esistenza agli altri crediti, e soltanto i creditori del terzo costituente potrebbero esperirla in virtù del loro interesse giuridico speciale (1).

Parrebbe che dato il concorso di creditori con sicurtà reale, o privilegiata, e chirografari, questi ultimi non possano far valere la nullità, per difetto d'interesse: a qual pro consentirvi, se nelle conseguenze sono sempre posposti agli altri creditori pignoratizî, o privilegiati? Il dubbio non ha ragion di essere; il fondamento (almeno il remoto) del diritto di opporre la nullità è comune a tutti i creditori, è la garanzia patrimoniale in genere; ed i creditori chirografarî hanno in seguito alla dichiarazione di nullità, maggiore speranza che nella liquidazione del valore rimanga tanto da averne

(1) Il difetto d'interesse ad agire è evidente nei creditori del debitore, non aventi pur garanzia sulla cosa costituita in sicurtà dal terzo pignorante, o non creditori di lui a titolo di fideiussione.

Digitized by Google

soddisfazione totale o parziale dei loro crediti. Ciò posto, non rileva se altri trarrà maggior vantaggio dalla nullità: questa è conseguenza delle prelazioni già stabilite, ma con la speranza accennata l'efficacia della garanzia patrimoniale assume rispetto ad essi importanza ed interesse notevoli (1).

307. La seconda questione si rannoda all'esercizio dell'azione pauliana in senso diverso da quello descritto di sopra (2), e che si connette tutto alla materia ipotecaria. I creditori chirografarî possono valersi dell'azione pauliana contro la costituzione della sicurtà reale fatta dal debitore a vantaggio di uno di essi? Ancor qui si avverte quanto s'è già notato rispetto all'azione di nullità: il fondamento del loro diritto (garanzia patrimoniale in genere) mostra che la questione si deve restringere alle sicurtà consentite dal debitore; se costituita dal terzo, la questione può sorgere rispetto ai suoi stessi creditori. Or bene, vi ha casi in cui lo stato del patrimonio, e quindi la virtù manifestatasi della garanzia patrimoniale in genere, vieta la iscrizione di certe ipoteche (3); al-

---

(1) S'intende che il dubbio può esistere quanto più siano i creditori con prelazione, e vi sia nullità rispetto ad alcuni; se vi fosse un creditore, o la nullità esistesse rispetto a tutti, è chiaro l'interesse dei creditori chirografarî, che concorrerebbero alla pari col creditore o coi creditori la cui prelazione fosse annullata.

(2) V. il n. 297.

(3) Cod. civ., a. 1971. Il Cod. di comm. (art. 699) dispone che non si possa togliere l'iscrizione d'ipoteca giudiziale dopo la dichiarazione dello stato di fallimento, ancora che la sentenza fosse ottenuta prima; a differenza di quanto avviene per l'iscrizione dell'ipoteca convenzionale. A molti parve vi fosse in questa disposizione anomalia grave, e si volle intedere a toglierla asserendo che la legge commerciale non dispone così, ma consente sempre nei casi suddetti l'iscrizione: la sentenza è titolo per l'iscrizione come avvien dell'atto volontario per cui è creata l'ipoteca.

Conciliazione al tutto contraria alla legge, che volle la distinzione, e giustamente. Perchè se nell'ipoteca costituita volontariamente (ancorchè per presunzione della volontà fatta dalla legge) l'alienazione del valore è già nell'atto, nella giudiziale invece, la sentenza non afferma per sè una relazione patrimoniale maggiore di quella che è nel rapporto obbligatorio che dichiara. Concetto che dimostra due cose; la bontà della teoria esposta sulla differenza tra l'ipoteca volontaria e la giudiziale rispetto alla virtù dell'iscrizione, ed al tempo in cui si effettuano i due stadî della *creazione* e della *costituzione* del rapporto di garanzia reale; e poi la giustezza del criterio posto nella presenza del *privilegio* come elemento concorrente a dar vita all'ipoteca puramente legale. E con ciò s'intende, che avvenendo la creazione dell'ipoteca giudiziale nel tempo della costituzione, la prelazione si avrebbe in un momento in cui la garanzia generale si è già fissata a favor di tutti

Digitized by Google

l'infuori di questi casi, considerata l'azione pauliana qual mezzo di conservare tal garanzia contro gli atti frodolenti diretti a menomarla, e deducendo dal concetto di alienazione di valore che è nel pegno, non si può contestare ai creditori chirografarî il diritto di esperimentarla quando ne concorrano i necessarî estremi: la frode del costituente e del creditore avvantaggiato, ed il danno degli altri creditori. Lo stesso pagamento può dar causa ad esperimentare il rimedio: perchè, considerato lo stato d'insufficienza della garanzia patrimoniale in genere e la conseguenza che ne deriva per i creditori, il pagamento ottenuto da uno di essi è mezzo di eludere il futuro concorso, e di dar vantaggio con danno degli altri creditori per la diminuita entità della garanzia generale. Onde la legittimità dell'azione diretta a proteggerla.

S'è detto dei creditori chirografarî. Ma possono valersene anche i creditori privilegiati cui riuscisse dannosa la costituzione del pegno proprio, avvenuta con frode: nè rileva se non si fossero serviti dei mezzi conservativi speciali (1).

CAPITOLO XII.

L'estinzione del diritto di pegno.

GENERALITÀ.

SOMMARIO. — **308.** Concetti generali. Partizione dello studio.

308. I concetti fondamentali esposti sulla entità del pegno, tornano con esattezza studiando le cause di estinzione del rapporto: il quale, considerato nella sua ragion di essere, si presenta come destinato a sorreggere di sicurtà un diritto di credito, e nella sua struttura toglie più grande indipendenza, o prevalenza, rispetto all'obbligazione garantita. D'onde ben si deduce, che studiato il

---

i creditori, la cui uguaglianza non può essere allora turbata da una ragion di preferenza non esistente da prima. Cons. A. Roma, 19 nov. 1891 (*Temi rom.*, 1891, 443); ora cfr. Cass. Roma, 19 apr. 1892 (*Foro it.*, 1892, 1, 481, 552); App. Casale, 27 febbr. 1892 (*Giur. Cas.*, 1892, 187).

(1) Perchè da tale costituzione possono aver danno.

Digitized by Google

pegno in relazione al credito, le cause di estinzione di quest'ultimo operano necessariamente su di esso, mancando con la cessazione il credito manca la ragion della garanzia: nè rileva se talvolta l'estinzione lasci persistere un'obbligazione naturale, perchè se il creditore non ha azione per chiederne il pagamento è al tutto inutile aver la garanzia, che non può essere esercitata senza dare all'obbligazione assicurata la coazione di cui è priva. E studiato poi il pegno per sè, s'avverte che può cessare per cause proprie che non s'estendono al credito garantito; come si può anche argomentare dalla relazione avvertita, perchè se la garanzia è la ragion del pegno questo non si regge senza obbligazione da garantire, mentre l'obbligazione può stare senza la sicurtà.

Poste così le linee dell'esposizione, è necessario di rammentare quel che è occorso di avvertire studiando i termini costitutivi del pegno: può mutare il credito garantito, e pure il pegno non si estingue, come succede nella cessione del pegno fatta separatamente dal credito, ed anche nella novazione; e può avvenire, che la cosa dedotta originariamente in sicurtà sia mutata senza che perciò sia modificato il rapporto di pegno, come segue nel caso di sostituzione, volontaria o coatta, di altra cosa a quella onerata.

Per chiudere la esposizione sarà poi necessario si studî un modo di essere speciale del pegno: il caso ch'essa sia destinata a garantire una garanzia personale. Le linee generali dell'istituto non sopportano per questo scopo modificazione alcuna, e l'importanza della riserva si restringe ad indagare la relazione tra il pegno e la obbligazione principale, quando avvenga confusione tra la persona del debitore e quella del garante.

§ 1.

Estinzione del pegno: A) *per la estinzione del credito garantito.*

Sommario. — **309.** Pagamento. Dazione in pagamento, e dell'entità di essa. — **310.** Compensazione. — **311.** Novazione. — **312.** Confusione. — **313.** Perdita della cosa dovuta. — **314-316.** Prescrizione.

309. Seguito il soddisfacimento secondo la volontà delle parti, e talvolta per via di legge, il credito s'estingue, e la estinzione di esso

Digitized by Google

induce la cessazione del rapporto di pegno, rimasto senza causa (1): s'intende che il pagamento ha tanta virtù, quando sia fatto col concorso dei termini occorrenti affinchè sia *valido*. S'è detto di estinzione del credito, perchè il pagamento può liberare il debitore senza che il credito venga meno, e ciò si avverte nell'assunzione del debito altrui; e può valere a soddisfare il creditore lasciando integro il credito, come si nota nella surrogazione derivante da pagamento (2). In questo caso il credito non soffre modificazione e rimane intatta anche la garanzia: riservato alle parti il diritto di stabilire altrimenti.

La dazione in pagamento è atto estintivo dell'obbligazione, conve-

---

(1) L. 6 pr. D. *quib. mod. pign. v. hypoth. solv.* (XX, 6); L. 3, C., *h. t.* (VIII, 30); L. 9, § 3; l. 11, § 1, D. *de pign. act.* (XIII, 7); L. 43, X; l. 49, D. *de solut.* (XLVI, 3), Cod. civ., a. 2029, 1°. Trib. Camerino, 15 luglio 1889 (*Legge*, 1890, 1, 632). Ma si può affermare che vi siano casi in cui, estinto il credito, *remanet propter pignus naturalis obligatio*? (L. 61 pr. D. *ad S. C. Trebell.*, XXXIV, 1). Non pare, per l'entità stessa dell'obbligazione naturale; comunque tolta l'esistenza del credito, anche se l'estinzione non contenga quell'adempimento ch'era in mente delle parti, il pegno come tale, e con tutti i suoi effetti, non sussiste. Cfr. SCHWANERT, op. cit., p. 395 e segg. Non rileva se per confusione sia estinto il credito garantito dal pegno dato da un terzo (arg. C. civ., a. 1297), o dallo stesso debitore e sulla cosa esistano ipoteche di grado posteriore; la impossibilità di esigere il credito non può essere riparata, senza contraddizione, con l'esercizio di un rapporto accessorio rimasto senza causa. Cfr. su questo concetto della causa, inteso in relazione al puro rapporto di pegno, SCHOTT, monogr. cit., il quale riproducendo con altra locuzione la ragion di costruire tentata da altri per dare unità di pensiero a singoli casi dove parrebbe che i fonti ammettano la permanenza del pegno, trova la *causa* nel soddisfacimento del credito che il pegno ha per fine di assicurare. È vero; ma è pur vero che tal fine è soggetto all'esistenza del credito; e se questo vien meno per fatti che vietano la nascita stessa del credito, o la tolgono in seguito, quel fine vien meno necessariamente: nè, come s'è avvertito, soccorre nel diritto odierno la nozione dell'obbligazione naturale e della sua virtù. Cons. WINDSCHEID, § 249, n. 8; C. civ., a. 2029, 1°. Neppure rileva se l'obbligazione non potè essere adempita per dolo del terzo proprietario della cosa onerata; la sua responsabilità darà causa a nuovo rapporto avverso di lui, ma non potrà tenere in vigore un rapporto accessorio. La persistenza del rapporto potrebbe essere forma concreta di responsabilità: ma nulla autorizza nella legge a porre tal costruzione. Cfr. WINDSCHEID, op. cit., § 249, n. 8 in fr., e cons. DERNBURG, op. cit., II, §§ 174, 175.

(2) Nelle ricerche fatte sul rapporto che è tra il pegno ed il credito garantito, s'è notato che il rapporto reale di garanzia può essere staccato dall'obbligazione cui in origine accedeva a fin di sicurtà; la proposizione enunciata nel testo, deriva interamente dai risultati ottenuti in questa ricerca.

Digitized by Google

nendosi tra gli interessati sia data cosa diversa da quella dedotta nell'obbligazione, senza che questa rimanga alterata. Dell'entità di tal negozio s'è già discusso; interessando di conoscere se nella dazione in pagamento si debba soltanto por mente all' efficacia estintiva dell'obbligazione, oppure al negozio indipendente che la contiene, qualunque poi sia la relazione di esso con la obbligazione che si vuole estinguere. Nel primo caso la inefficacia del pagamento dovrebbe influire sulla sicurtà, che risorge col credito: nel secondo questo sarebbe estinto, ed estinto sarebbe pure il rapporto di sicurtà, onde il creditore avrebbe soltanto azione di garanzia in dipendenza del negozio costituito a scopo di dazione. E questa pare costruzione più corretta: il fine della dazione fa considerarla rispetto all'obbligazione di estinguere come semplice sostituzione di oggetto; ma i rapporti tra le parti debbono essere considerati in relazione al negozio dov'è contenuta.

Al pagamento è agguagliata nella virtù di estinguere l'obbligazione l'offerta con deposito giudiziale, dove appaiono ben distinti i due caratteri che il *pegno* riveste secondo sia costituito dal debitore stesso, o pur da un terzo. Perchè nel primo caso, quando una sentenza passata in giudicato abbia dichiarata buona e valida la offerta ed il deposito (1), non s'ha ancora il pagamento, chè mal si può intenderlo come atto unilaterale, ma è constatata la *mora* del creditore a ricevere: la qual cosa fa sì, che affermata soltanto la idoneità dell'offerta a valere termine del pagamento, il debitore, consentendo il creditore, possa rivocarla, e con ciò la obbligazione torna integra con la sicurtà che vi era annessa (2). Nel secondo caso la idoneità dichiarata della offerta impegna il debitore a non rivocarla; il terzo che ha dato sicurtà vede nella constatazione giudiziale di questo carattere l'atto col quale il debitore paga, così da non rimanere altro, per avere il negozio liberatorio, che l'accettazione del creditore: e perchè dal pagamento dipende l'estinzione della sicurtà, egli ha diritto di pretendere la irrevocabilità dell'atto con cui il debitore concorre a costituirlo. Il debitore fa col deposito quanto deve per costituire il pagamento: onde la liberazione della sicurtà prestata dal terzo, che non può aver danno

(1) Cod. civ., a. 1264.
(2) Arg. Cod. civ., a. 1264 in f.

Digitized by Google

dal concorso del creditore autorizzante la revoca di quell'atto (1). La qual considerazione protegge anche il diritto del *terzo* possessore dell'immobile ipotecato dallo stesso debitore (2).

310. Dell'entità della compensazione non è qui il luogo di discutere: argomentando dalla locuzione meglio che dallo spirito delle leggi romane, si dedusse il concetto della compensazione operante di *pien diritto* il pagamento rispettivo dei crediti vicendevoli tra le parti, non, secondo si doveva, quello di una compensazione eccepibile dalla volontà degli interessati ed inducente ritenzione a fin di pagamento (3). E nell'ordinamento dato dalla legge a questa causa di estinzione dell'obbligazione, si scorge il dissidio tra i due concetti: non per la facoltà di *rinunciare* preventivamente alla compensazione (4), perchè qui la rinunzia, pur essendo atto di *volontà*, elimina assolutamente la compensazione; sibbene per le conseguenze giuridiche del fatto di uno fra i due creditori-debitori, il quale non abbia opposta la compensazione, secondo ne aveva il diritto, ed abbia pagato il suo debito. Argomentando strettamente dal concetto della compensazione qual pagamento *ope legis*, si dovrebbe inferirne il diritto di questo debitore-creditore di ripetere il pagato, avendo egli per la estinzione del suo debito pagato cosa non dovuta. Invece, e qui par che apparisca con la rinuncia il concetto della *volontà* nella compensazione, ha soltanto il diritto di esercitare il suo credito, e con questo risorge la garanzia costituita dallo stesso debitore su cosa che sia ancora in poter di lui: per i terzi, che hanno costituito la sicurtà, oppure hanno acquistato diritto sulla cosa, la volontà del creditore non può, di regola, modificare il diritto derivato ad essi dal pagamento contenuto nella compensazione. (5). La quale induce una posizione giuridica

---

(1) Cod. civ.. a. 1265.

(2) La legge (Cod. civ., a. cit.) non distingue: nè avrebbe avuto ragione a farlo. L'offerta di pagamento, come è stata descritta, dà diritto al terzo possessore, interessato al pari del terzo costituente la sicurtà, alla liberazione della cosa onerata; non la posizione giuridica del terzo rispetto alla cosa, vien qui tolta in considerazione, ma l'interesse alla liberazione, legittimamente ottenuto e che non può essere revocato ad arbitrio del creditore.

(3) Della compensazione s'è detto nella ricerca sull'entità della ritenzione.

(4) Cod. civ., a. 1289, 4°.

(5) Cod. civ., a. 1295.

Digitized by Google

onde hanno giovamento: nè la volontà del creditore può mutare a sua posta le conseguenze di un fatto com'è la compensazione *ope legis* avvenuta a favor loro, perchè il pagamento determina con la liberazione del debitore l'estinzione dell'onere gravante la cosa. Se la compensazione fosse parziale, i terzi ne avrebbero giovamento nel senso che l'alienazione di valore contenuta nella sicurtà reale sarebbe ridotta della somma compensata, e potrebbero offrire validamente il pagamento del residuo: ma la sicurtà reale, per la *indivisibilità* sua non può essere ridotta in modo corrispondente alla diminuzione del credito, eccetto il caso di contraria convenzione delle parti.

Cosicchè parrebbe che nel caso ora descritto siasi richiamato rispetto ai terzi il concetto di compensazione *ope legis*, e si potrebbe dedurre la teoria dall'entità della *rinunzia* alle conseguenze di un fatto giuridico: il creditore rinunzia per sè alla compensazione, e non dispone di diritti che ne fossero derivati ad altri. Ma come intendere la eccezione, ordinata per il caso fosse dimostrato che il creditore ebbe *giusti motivi d'ignorare il credito col quale doveva compensare il debito*(1)? Argomentando strettamente dal concetto della rinunzia, si dovrebbe dire che questa non seguì validamente per lo stato d'ignoranza giustificabile del creditore-debitore, e si dovrebbe pur affermare il diritto di esso a ripetere il pagato: invece, quello stato d'ignoranza val solo a scusarlo rispetto ai terzi che avevano legittimo interesse di valersi della compensazione seguita, e che perciò non possono più opporla. Non è che qui apparisca la *facoltà* del creditore-debitore di opporre la compensazione: se vi è ignoranza del credito, e quindi della possibilità di compensare, la volontà di non compensare è al tutto esclusa.

A nessuno dei principî fondamentali esposti può dunque raddursi la eccezione. E segue, che se il pagamento fatto dal debitore che poteva opporre la compensazione, induce la rinunzia a questa causa di estinzione pur lasciandone viva la efficacia rispetto ai terzi, quando invece sia fatto con *giusto motivo d'ignoranza* del credito opponibile, opera la perfetta, l'assoluta indipendenza dei due crediti; rimane quindi validamente estinto il debito, nè il pagante ha diritto di ripetere: egli conserva il credito ignorato, senza che i terzi pos-

(1) Cod. civ., a. cit.

Digitized by Google

sano obbiettare gli effetti della compensazione *ope legis*. Nella qual risoluzione è palese un giusto sentimento di equità verso lo stato d'ignoranza pienamente giustificato.

311. La novazione, effettuata validamente, estingue il credito al quale è stato sostituito il nuovo: e con la estinzione del rapporto garantito cessa la garanzia (1). Pure, quantunque il credito sia qui essenzialmente mutato, onde la differenza della surrogazione oggettiva semplice dalla novazione vera, la liberazione del debitore od il soddisfacimento del creditore non seguono in modo assoluto; vien sostituito un rapporto nuovo all'antico, si estingue il debito antico con sostituirvene un altro. Perciò la possibilità della riserva, *espressamente* fatta dal creditore, di mantenere per il nuovo credito le ipoteche (ed i privilegi) secondo è stato esposto (2) dell'anteriore: considerando senz'altro l'entità della novazione, parrebbe che estinta la sicurtà in seguito all'estinzione del credito garantito, vera riserva della sicurtà non si possa avere, e la riserva contenga soltanto la creazione di nuova sicurtà per il nuovo credito: mantenere la sicurtà connessa al credito anteriore indicherebbe rinnovamento di essa per il nuovo credito, e perciò l'ipoteca così riservata dovrebbe aver vita dal giorno della nuova costituzione. Invece si rinnova il credito, e la ipoteca sta nel grado che aveva rispetto al credito anteriore: alla sostituzione con novazione del credito, è qui unita la sostituzione semplice del credito da garantire rispetto alla sicurtà già costituita e rimasta integra. Le considerazioni esposte sull'entità della novazione, giustificano la possibilità di tale riserva.

La quale, nella sua entità giuridica, rappresenta una delle figure che può assumere il concetto dell'*indipendenza* del rapporto di sicurtà reale, rispetto al credito garantito in origine (3), e che si manifesta con la possibilità di disporre dell'ipoteca, separatamente dal credito lasciato sussistere, o con la sostituzione di altro credito a

(1) Cod. civ., a. 1274, 1275. Delle questioni attinenti alla novazione, s'è tenuto discorso nella ricerca sugli effetti della sostituzione di altro credito a quello originario, rispetto all'entità del pegno. Sulla riserva del pegno fatta dal creditore quando sia cangiata la obbligazione, cons. App. Casale, 14 genn. 1889 (*Giur. Casale*, 1889, 28).

(2) V. il rinvio fatto nella n. precedente.

(3) V. la n. precedente.

Digitized by Google

quello garantito in origine ed estinto. Rimane dunque il vincolo ipotecario considerato principalmente, che, concorrendo la volontà delle parti, è connesso ad un credito sorto posteriormente a quello garantito in origine, ed estinto nel momento in cui quello è nato; ma il nuovo, pure rimanendo nuovo, toglie il posto dell'anteriore. E si dice che qui deve concorrere la volontà delle parti, perchè non si ha la disposizione del diritto di pegno fatta dal creditore: la sostituzione del nuovo credito avviene quando per la estinzione dell'antecedente dovrebbe cessare il rapporto di sicurtà.

Nè fa difficoltà se la novazione è seguita con uno fra più debitori in solido. Il debitore non muta: ma se la ipoteca data per il debito solidale anteriore non era stata costituita da lui, e da lui soltanto, la novazione porrà gli altri costituenti nella posizione di terzi che dovrebbero essere liberati per la estinzione del debito, se non consentono alla riserva del creditore. La conservazione dell'ipoteca non può essere consentita se non dal costituente, e quindi la sola riserva del creditore potrà valere rispetto ai beni del debitore, che tacitamente può accettarla: dei beni altrui e della liberazione di essi non ha diritto di disporre.

312. Se questa surrogazione è possibile, mal s'intende l'altra della sostituzione *vera* di una cosa ad un'altra rimanendo integro il rapporto ipotecario: *vera* sostituzione, perchè la surrogazione del valore alla cosa onerata non è sostituzione propria, ma soltanto trasformazione della cosa, e, più ancora, determinazione dell'oggetto vero del diritto di pegno. Dunque la sostituzione vera oggettiva non s'intende, perchè l'alienazione del valore consentita rispetto ad una cosa non può rimanere identica se trasferita ad un'altra: perciò, quando la novazione è fatta per mutazione del debitore, la ipoteca non può essere trasferita sui beni di lui (non sottoposto dianzi alla sicurtà); si potrà costituire su di essi una ipoteca nuova, con grado dal tempo della costituzione, non darle il grado della ipoteca anteriore (1).

(1) La proposizione enunciata nel testo s'intende agevolmente: di surrogazione oggettiva propria qui non si può dire, perchè il diritto reale cade sulla *cosa*, e tolto da quella *cosa determinata* per farlo consistere su di un'altra, non è più lo stesso rapporto. Apparentemente vi ha sostituzione propria nel caso di sostituzione del *valore* alla cosa cadente nel rapporto; ma come s'è avvertito, qui vi ha determinazione dell'oggetto vero del pegno, secondo il suo fine.

Digitized by Google

313. La confusione nella stessa persona delle due qualità di creditore e debitore, per la impossibilità che validamente coesistano nel medesimo soggetto e si possano esercitare due posizioni giuridiche in così grave contrasto tra di loro, toglie la esistenza del rapporto di credito. E con la cessazione del negozio garantito finisce la ragion di essere della sicurtà (1).

314. Parimenti avviene se il credito garantito è rimesso, in modo valido, dal creditore; la qual rimessione può essere consentita condizionalmente, e così com'è stata voluta dal creditore ed accettata dal debitore, vale rimpetto ai terzi che avessero costituita la sicurtà. Se la condizione fosse risolutiva, e inducesse un fatto del debitore, i diritti conceduti nell'intervallo sulla cosa da lui data in sicurtà son regolati dai principî altra volta esposti; ma il terzo costituente la sicurtà non è terzo in questo senso; col fatto o non fatto del debitore, la garanzia risorge, ed egli ha soltanto azione contro il debitore, se dolosamente o colposamente avesse eseguito od omesso ciò che per l'avverarsi nella condizione risolutiva toglie la liberazione assoluta della cosa sua.

315. La perdita della cosa dovuta è causa legittima di liberazione dal debito: quindi la estinzione della sicurtà reale. S'intende della perdita avvenuta per via di fortuito senza colpa precedente, o per

---

(1) La risoluzione accolta nel testo non va incontro a difficoltà grave (cfr. tuttavia la teoria ricordata nella n. 1 a p. 614), se la confusione è operativa tra il creditore ed il debitore. Potrebbe nascere dubbio nel caso avvenisse tra le persone del debitore e del fideiussore, la cui obbligazione fosse garantita da sicurtà reale; perchè la condizione di fideiussore par che rimanga assorbita dall'altra di debitore, e con la cessazione di essa dovrebbe pur cessare il rapporto di garanzia diretto ad assicurarla realmente. Onde si ritenne (cons. SCHOTT, monogr. cit.) che la persistenza del pegno (L. 38, § 5, D. *de solut.*, XLVI, 3) qui avvenisse eccezionalmente, per l'avvenuta estinzione del rapporto di credito cui accedeva in origine; costruzione non necessaria a dichiarare la conseguenza esatta di un fatto giuridico al quale il creditore è rimasto estraneo. Perchè dal rapporto di fideiussione è posto il fideiussore in relazione col creditore, il quale per la confusione avvenuta, non potrà, stante l'impossibilità che ne è seguìta, agire contro il debitore come persona giuridicamente distinta da quella del fideiussore; ma non potrà aver da ciò il danno di perdere la garanzia concessa alla fideiussione. Il quale rapporto si mantiene rispetto a lui entro quei terminî che non sono vietati dall'impossibilità giuridica contenuta nella confusione seguìta (Cod. civ., a. 1926). V. in questo cap., il § 3.

Digitized by Google

il fatto di un terzo del quale il debitore non debba rispondere: che nei due casi, sebbene l'elemento della *colpa* dia aspetto diverso al rapporto, questo non è così profondamente mutato da far avvertire una diversa *causa debendi*. Perciò, se la perdita non fosse avvenuta in tali condizioni che il debitore non possa rimanerne liberato, con la obbligazione rimane pure la sicurtà reale.

316. Con la prescrizione s'estingue il credito: e conseguentemente anche il pegno, nè giova discutere se avvenuta la liberazione per il decorso del tempo, rimanga la obbligazione naturale del debitore, e s'abbia così la continuazione del rapporto di garanzia. Certo, la obbligazione naturale succede alla estinzione della civile: ma essa non produce altro effetto se non il divieto di ripetere il pagato (1).

Non è dubbio che compiuta la prescrizione il debitore capace possa rinunziarvi (2): e per la rinunzia rivive con la obbligazione anche il pegno. Ma le idee largamente svolte mostrano non potere la rinuncia offendere il diritto derivato ai terzi dalla prescrizione compiuta: perciò, quando il pegno fosse costituito da altri la liberazione derivata dalla prescrizione s'è effettuata rispetto a lui, e la rinuncia non può toglierla. Definire il contrario, sarebbe attribuire al debitore rinunziante un diritto di disposizione ch'egli non ha; soltanto il terzo, acconsentendo alla rinuncia, può mantenere validamente la sicurtà costituita.

§ 2.

Estinzione del pegno: B) *indipendentemente dalla estinzione del credito.*

SOMMARIO. — **317-318**. Confusione. — **319**. Remissione. — **320**. Perdita della cosa. — **321-324**. Prescrizione.

317. L'acquisto che il creditore abbia fatto dal debitore della cosa che questi ha onerato di pegno; il confondersi, comunque ciò

(1) Delle obbligazioni naturali, e di questo unico effetto ch'esse hanno nel diritto odierno, s'è già detto. Cfr. L. 3, 7, C. *de pignor.*, XXX (789), e cons. la n. 1 a pag. 614.

(2) Cod. civ., a. 2108.

Digitized by Google

avvenga, nella persona del creditore anche la qualità di proprietario della cosa su cui un terzo abbia costituito la sicurtà: oppure il concorrere nella persona di questo terzo la qualità di creditore, sono fatti onde ha causa la estinzione del rapporto di garanzia. Certo, nel primo dei tre casi descritti avverrà di rado di abbattersi in un negozio per cui sia estinta la sola garanzia: chè il creditore, interessato a non perdere la sicurtà, converrà col debitore l'acquisto della cosa pignorata in modo da comprendere nel prezzo il soddisfacimento del debito. Pure, volendolo, può convenire il solo acquisto lasciando intatto il credito, che rimane privo di sicurtà quando non si convenga la costituzione di altra garanzia.

La ragion dell'estinzione è la impossibilità che il creditore diventato proprietario, od il terzo proprietario diventato creditore, esercitino rispetto a sè e sulla propria cosa la separazione di valore: non è che per l'acquisto fatto sia pur acquistata la parte di valore come rispondente al credito garantito (1), il quale, se così fosse, ne sarebbe estinto; con l'acquisto vien quasi reintegrata la proprietà dalla modificazione recata mediante la costituzione della sicurtà. Ora non può contestarsi che se la modificazione si disegna sulla proprietà alterandone la entità per la parte corrispondente all'oggetto della garanzia, questa reintegrazione la ricostituisce quasi rinsaldandovi la parte separatane per l'alienazione di valore; il proprietario distende su tutta la cosa il suo diritto, ma questo, nell'esaminare il come s'è venuto componendo rispetto a lui, mostra le traccie delle modificazioni e delle sanatorie avvenute. S'intende perciò, che se l'esercizio del diritto di proprietà non compatisce

---

(1) Questo argomento è stato già discusso nelle ricerche sull'entità del pegno e sulla figura del pegno di cosa propria. Certo, non si può dire che il creditore abbia in virtù dell'acquisto diritto di vendere la cosa sua, perchè il *valore* rispondente alla sicurtà, sebbene giuridicamente distinguibile dal diritto che appunto dalla sicurtà ebbe modificazione, è da lui tenuto come proprietario, non come creditore pignoratizio. La costruzione esposta nel testo chiarisce la difficoltà che si volle togliere con la teoria dell'estinzione del pegno per via di rinunzia (cons. VANGEROW, op. cit., § 392): sebbene questa si possa ben dedurre da fatti certi a vantaggio di creditori aventi grado posteriore, pure non è necessaria per dichiarare le conseguenze dell'impossibilità di agire dipendente dalla riunione nello stesso soggetto dei due rapporti; anzi, il ricorrervi estendendo questa impossibilità in modo assoluto, dove per sè non arriverebbe, contraddice all'entità del volere ch'è pur fondamento alla rinunzia.

Digitized by Google

l'esercizio separato di quei rapporti i quali si confondono nel rapporto principale cui si connettono, il proprietario può, rimanendo tale, separarli nuovamente: la separazione è qui agevole per il modo col quale la entità del diritto è stata ricostituita; il rapporto reale ch'è stato riunito alla proprietà, facendola risaltare nella sua integrità, è nuovamente separato. La separazione non ne fa un rapporto nuovo: è lo stesso rapporto antico che per essa riacquista la sua entità primitiva.

A questo concetto contraddice assai una grave difficoltà tratta dalla teoria ricevuta sull'estinzione dei diritti reali per via di consolidazione. Si può ribattere osservando che la consolidazione se vieta al proprietario l'esercizio del diritto reale considerato separatamente dalla proprietà, non cancella il modo col quale l'entità di essa si è venuta ricostituendo: la riunione del diritto reale alla proprietà, non indica fusione assoluta dei due rapporti. Altrimenti avviene nei rapporti di obbligazione a causa dell'elemento personale che vi è, e del modo indeterminato con cui l'elemento patrimoniale cade nel patrimonio del debitore; e parrebbe che altrimenti debba pur avvenire nei diritti di servitù, dove oggetto del rapporto non è una parte della cosa, o del valor suo, sibbene una funzione tenuta giuridicamente per separabile (1). Pure, anche nella servitù la ragion di dubitare cessa, quando si pensi all'istituto della destinazione del padre di famiglia, per cui rivive la servitù estinta dalla consolidazione, e pur mantenutasi in fatto; e dove s'opponga che qui almeno in fatto l'esistenza ne è continuata, si può rispondere che nel pegno non viene una funzione della cosa, ma una parte determinata del valor generico di essa. Senza tener conto per ora, dell'importanza che può avere l'iscrizione ipotecaria non cancellata (2).

---

(1) Concetto esposto nella ricerca sul contenuto del diritto reale.

(2) La teoria addotta a giustificare la possibilità giuridica che il rapporto di garanzia reale immobiliare (per il pegno proprio, v. il n. seguente) conservi la propria determinazione malgrado il fatto dell'avere il soggetto di esso riunito in sè anche il dominio, ha contro obbiezioni così gravi da indurre quasi a rinunciar di costruire sul concetto che vi è affermato. Vero è che nel testo si è cercato di toglierle, insistendo nel raffronto della confusione nei rapporti di obbligazione con la confusione nei rapporti reali, mostrando che in quella l'elemento personale prevalente produce l'estinzione del rapporto, mentre in questo l'assorbimento del diritto reale non avviene così da non rimanerne tracciata la figura; e ricorrendo all'analogia di quanto avviene nella costituzione della servitù per destinazione del padre di fa-

Digitized by Google

Tra i casi qui descritti di confusione dei due rapporti, ha speciale rilievo quello del terzo possessore, il quale abbia pagato del suo un creditore ipotecario: egli è surrogato nei diritti del creditore così

---

miglia. Ma pur ammettendo questa diversità intima, naturale, di azione tra la confusione nei rapporti di obbligazione e la confusione nei rapporti reali, e tentando di risolvere la difficoltà relativa all'usufrutto con la impossibilità di esercitarlo, anche in fatto, in modo apparente distinto dal diritto principale, si può obbiettare che il risultato teorico e pratico della costruzione non è quello che si vorrebbe raggiungere. Dire che la riunione del diritto reale al dominio rinsalda questo, ma nel rinsaldamento rimane sempre distinta la traccia della commettitura, sarà bene modo plastico di rendere l'idea; ma in effetto, a parte che con ciò riman dubbia l'asserzione fatta che il distacco di una funzione dalla proprietà lasci questa integra, si avrebbe la conseguenza, che nella *nuova costituzione* del diritto è nuovo l'atto, ma il diritto è sempre quello che per l'avvenuta riunione non si estinse, e soltanto non potè essere esercitato per la impossibilità derivata dalla confusione.

Ora, dir questo di tutti i diritti reali non si può; e la stessa analogia invocata è di fronte a questo risultato molto discutibile: la destinazione del padre di famiglia è costituzione, non conservazione della servitù. Ma con ciò, pure non esagerando il valore di tale argomento, non si può rigettare il concetto esposto: nè a giustificarlo si deve senz'altro ricorrere alle sole considerazioni della forma estrinseca di acquisto del diritto reale mediante un apposito sistema di pubblicità. Nel testo è richiamata l'idea fondamentale che informa il presente studio, dell'alienazione di valore contenuta nel pegno, e per cui questo si differenzia dagli altri oneri reali: su tal concetto si può ben costruire l'efficacia speciale della confusione. Il creditore pignoratizio non è soggetto di un rapporto in cui si contenga una funzione della cosa, che per confusione si compenetri poi nel dominio; egli ha diritto ad una parte del valore della cosa, che nel trasferimento della proprietà è necessariamente eliminata dalla fissazione del prezzo. La proprietà è onerata nel senso che si dovrà dedurla nella liquidazione, e venderla per determinare il valore: ma essa investe la cosa per se, mentre il pegno cade sul valore. Nè rileva dire che per la confusione avvenuta chi ha la proprietà ha il valore della cosa; questo è modo comune ed errato di esprimere un concetto che giuridicamente è diverso, perchè contiene soltanto la impossibilità di esercitare il pegno, non essendo ammessibile che il proprietario deduca contro di sè in liquidazione il proprio diritto di dominio per determinare l'oggetto vero dal rapporto di sicurtà. La impossibilità esiste rispetto al soggetto, nè si può esagerarla senza ingiustizia; perciò, liquidata la proprietà e determinato il *valore* della cosa, quest'*oggetto* si presenta nella sua vera condizione giuridica fissata dal concorso dei creditori, e tra essi è il proprietario, il cui diritto come tale si riduce al residuo che rimarrà. Qui sta dunque l'indipendenza del rapporto di pegno dalla proprietà: nel diritto che esso dà rispetto alla cosa, e nei termini in cui circoscrive il dominio dell'acquirente posteriore alla costituzione della sicurtà. In conseguenza del pegno apparisce fin da principio come possibile la *liquidazione* della cosa, e per l'oggetto distinto che ha, la riunione di esso al dominio ha importanza puramente formale. L'argomento sarà compiutamente studiato nella parte speciale dell'ipoteca, dove ai risultati qui ottenuti si aggiungeranno le ricerche sull'efficacia dell'*iscrizione*.

Digitized by Google

verso il debitore come verso i terzi possessori di immobili ipotecati per il credito da lui estinto (1). In tutte queste figure può avvertirsi un concetto analogo a quello che in talune legislazioni è detto ipoteca sulla cosa propria; il proprietario non può esercitarla contro di sè, ma può ben farla rivivere congiungendola ad un credito.

318. La qual possibilità di far rivivere mediante la separazione il rapporto di garanzia non estinto propriamente, ma rimasto *dormiens* per la consolidazione avvenuta (2), si riferisce soltanto all'ipoteca. Nel pegno vero, per il possesso che è elemento necessario della realità, e per l'efficacia stessa del possesso di cosa mobile, non si può descrivere la consolidazione nel modo tenuto di sopra: il creditore possiede in qualità di proprietario, e costituendo sulla cosa un rapporto di pegno, questo ch'esiste per la consegna fatta al creditore è al tutto nuovo.

S'aggiunga che nell'ipoteca soccorre assai la costruzione proposta la formalità dell'*iscrizione*. La quale, sebbene per dissomiglianza di sistema dai libri catastali e fondiarî, non sia fatta in modo diretto rispetto all'immobile, che in questi libri è descritto giuridicamente; pure ha molto di *realità*, come si può indurre dal concetto tenuto di assegnare circoscrizioni determinate agli ufficî in cui si deve eseguirla: e dal non esservi necessità assoluta di mutare quelle iscrizioni in cui fosse avvenuta surrogazione (3). Cosicchè l'esistenza dell'iscrizione rende più agevole la separazione, onde il diritto di sicurtà già connesso a quello principale del dominio riacquista figura ed entità proprie (4).

319. Il creditore pure conservando il suo diritto di credito può rimettere il rapporto di pegno; nè da questo negozio ha danno il

---

(1) Cod. civ., a. 2017. V. il rinvio fatto nella n. precedente.

(2) Costruisce così WINDSCHEID, op. cit., § 248, n. 26.

(3) Cod. civ., a. 1994, 2011.

(4) Questione che verrà studiata nel trattato speciale dell'ipoteca: s'intende, che data la differenza tra creazione e costituzione di questo rapporto, la permanenza dell'iscrizione potrebbe significare rispetto ai terzi esistenza dell'ipoteca, malgrado l'estinzione del credito (cons. Cass. Torino, 15 marzo 1890, in *Foro it.*, 1891, 1, 730); ma s'è già osservata la relazione che, secondo la legislazione italiana, è tra il *titolo* creativo e la iscrizione dell'ipoteca. La permanenza dell'iscrizione può valere all'effetto accennato nel testo.

Digitized by Google

rapporto garantito, che giuridicamente può aver nascita senza vi sia unita garanzia alcuna (1). La rimessione è atto dipendente dalla volontà del creditore: e comunque tal volontà sia manifestata, espressamente cioè, oppure tacitamente come avviene per la semplice restituzione del pegno (p. proprio) (2), il negozio liberatorio è perfetto quando il costituente abbia dato la sua *accettazione* (3). Qui si avverte la differenza tra la *rinuncia* e la *remissione* propriamente detta, sebbene d'ordinario nei due istituti si voglia riscontrare meglio che analogia, identità vera; nella *rinuncia* domina la sola volontà del disponente, mentre nella rimessione questa volontà si rivolge alla persona a favor della quale è diretta. La rinuncia, qualunque sia la natura del diritto cui si riferisce, reale o di obbligazione, è sempre atto unilaterale, contenendo l'abdicazione, a dir così, del potere nascente dal rapporto; la remissione è rinuncia in effetto, ma rinuncia a *favore* di una persona.

Nè, per contenere la rinunzia di un diritto, la remissione è sempre atto di liberalità; può ben essere convenuta a titolo oneroso. Nella remissione del pegno, anche se fatta senza corrispettivo al terzo possessore della cosa oppure al terzo costituente la sicurtà, il negozio non ha carattere di liberalità; se avesse tal carattere si dovrebbe dire che il remittente ha disposto, donandolo, del valore della cosa com'è stato alienato, e siccome questo valore è il valore (o parte del valore) contenuto nel rapporto di obbligazione, si dovrebbe avere la estinzione proporzionale del credito. Altrimenti eserciterebbe due volte diritto sullo stesso valore; una volta con la liberalità, e poi con la permanenza dell'azione derivante dal rapporto di credito. Posto ciò, è facile intendere che la *capacità* di rimettere il pegno non dev'essere determinata secondo la capacità di donare; ma, come nella rinuncia, nella remissione vi è sempre alienazione in senso lato, quando non vi è in senso proprio se fatta

---

(1) L. 9, § 3, D. *de pign. act.* (XIII, 7); l. 8, §§ 1-5, D. *q. mod. pign., v. hypoth. solv.* (XX, 6); Cod. civ., a. 2029, 3°. VANGEROW, op. cit., § 127; SINTENIS, op. cit., § 69; DERNBURG, op. cit., § 169.

(2) L. 35 D. *de pign. act.* (XIII, 7); l. 5, § 2; l. 6, § 2; l. 14 D. *q. mod. p. v. h. solv.* (XX, 6); l. 9, C. *de rem. pign.* (VIII, 25); ma sul significato della volontà, v. in seguito.

(3) Oppure il proprietario, se la cosa è escita dal patrimonio del costituente: il consenso di entrambi non occorre, perchè la rimessione profitta immediatamente rispetto alla cosa soltanto a chi ha diritto su di essa. Cfr. DERNBURG, op. cit., § 167.

Digitized by Google

a titolo oneroso, e la capacità di volerla è misurata secondo la capacità di disporre della cosa o del diritto reale, che è la capacità di alienare (1).

La remissione, secondo si è già accennato, può avvenire con manifestazione espressa oppure tacita della volontà. Di quest'ultimo modo si è già dato esempio (2): si può anche averne altro nel caso sia data una garanzia personale, od altra sicurtà reale dopo la garanzia reale anteriormente costituita, purchè non manchino elementi dai quali s'induca la volontà di *sostituire* una nuova garanzia a quella già data. Dal solo fatto della costituzione di altra garanzia non si può inferire la volontà di rinunziare a quella già costituita; la rinunzia non si presume, ed è necessario desumere dai fatti riferentisi al nuovo atto la *volontà delle parti* di estinguere la sicurtà anteriore per surrogarvi quest'ultima. Neppure dà esempio di remissione tacita il consenso del creditore a che sia venduta la cosa *ipotecata* (3); anche nel pegno vero, sebbene la restituzione della cosa par che dimostri a sufficienza la volontà di rimettere, manca la rimessione se la consegna è avvenuta per altro fine (vendita della cosa), ed il venditore si è riservato il diritto di esigere il credito sul valore ricavato (4). Nè s'obbietti che la sua presenza non si può spiegare in altro modo che per volontà di rimettere: data la possibilità giuridica d'instituire contro il terzo possessore l'azione pauliana, la presenza del creditore potrebbe anche indicare la sua rinunzia a valersi di questo mezzo conservativo, la sua convinzione che le parti non hanno operato con dolo nocevole a lui (5).

---

(1) Applicazione di questo concetto agli enti morali, in App. Perugia, 10 nov. 1890 (*Esatt. e com.*, 1891, 5).

(2) V. in nota a pag. prec.

(3) Cass. di Torino, 8 giugno 1889 (*Legge*, 1889, 11, 263).

(4) La presunzione della rinunzia, può essere indebolita da altre circostanze concorrenti. Cons. VANGEROW, op. cit, § 392; DERNBURG, l. cit.; Cass. Torino, sent. cit. V. il n. seguente.

(5) La risoluzione dipende interamente dalla interpretazione della volontà; così la remissione dell'ipoteca nel caso di consenso dato a costituire altra sicurtà sulla cosa, può intendersi come cessione di grado. Questione riservata al trattato speciale sull'ipoteca. Cons. L. 11, l. 12 D. *q. mod. pign. vel. hypoth. solv.* (XX, 6); SINTENIS, l. cit.; VANGEROW, l. cit.; DERNBURG, l. cit.

Digitized by Google

320. L'estensione della remissione è dunque determinata dalla volontà del remittente, cui risponde l'accettazione del costituente o del terzo possessore; e può avvenire che la volontà sia contenuta nel fatto stesso, oppure non possa esserlo nel solo fatto per sè, ma in esso ed in altre circostanze concomitanti. In ambi casi la riserva (parimenti inducibile dai fatti) toglie la presunzione; e nel secondo poi, la mancanza delle circostanze che debbono compiere la virtù della presunzione di *rimettere* contenuta nel fatto, può essere supplita coi mezzi di prova ammessibili secondo le norme generali della materia contrattuale. Il remittente potrebbe ben avere intenzione di rimettere il pegno, a fin di rendere servizio ad una data persona; e quando ciò avvenisse, e la volontà fosse nettamente manifestata in tal senso, se la cosa ritornasse al costituente od agli eredi, potrebbe il remittente richiedere il pegno, od inscrivere senz'altro la ipoteca? La volontà di *riservare* così il diritto di pegno può avere efficacia? La risoluzione dipende dai concetti espressi sulla pignorabilità di cose future; si potrebbe pure affermare, costruendo sul concetto di remissione fatta sotto condizione risolutiva, verificantesi col ritorno della proprietà all'obbligato od al terzo costituente.

321. La remissione fatta al terzo il quale abbia costituito il pegno per il debito altrui, non altera il rapporto di credito. Siccome non è dubbio che in questa costituzione di sicurtà prevale la figura della garanzia, adattando le norme riferentisi alla garanzia personale all'elemento della *realità*, la liberazione accordata dal creditore ad uno dei terzi costituenti non limita il diritto di pegno ch'egli ha sui beni degli altri, perchè indivisibile. Nè questi offrendo il valore, potranno opporre l'eccezione nascente dal *benef. cedend. action.*, per la parte del costituente cui è stata fatta la rimessione, nel caso si fossero uniti in società per dare la garanzia reale al creditore; questi è estraneo a tale rapporto, e d'altra parte egli si vale della indivisibilità del suo diritto.

Se poi la rimessione ad uno dei terzi costituenti fosse avvenuta a titolo oneroso (1), presumendosi che il valore ricevuto dal creditore

(1) Risoluzione dedotta dal criterio già posto, che alla condizione del terzo costituente si possano adattare, in generale, le norme governanti la posizione del fideiussore. Cod. civ., a. 1283.

Digitized by Google

per liberare la garanzia sia parte di quello contenuto in essa, e perchè destinazione del pegno è di assicurare il credito garantito non di farne al creditore una ragione di maggior vantaggio, quando questo non corrisponda ad alcun rischio ch' egli debba correre; così, badando a tal fine onde il rapporto di garanzia ha carattere come di accessorio, quel che il costituente dà per la liberazione del pegno concorre all'estinzione del credito, essendo identico il *valore* contenuto in entrambi i rapporti. Con ciò non si vuol dire che il pegno soffra riduzione: esso è indivisibile; ma il terzo, se intende di liberarsi pagando, può computare nella somma la parte ottenuta dal creditore in corrispettivo della rimessione fatta all'altro costituente, e concorsa a diminuire il credito garantito.

322. La perdita totale della cosa onerata estingue di necessità il rapporto di pegno, per essere venuto meno l'oggetto: la perdita parziale lo restringe alla parte della cosa ch'è rimasta, e sulla quale, stante l'indivisibilità della garanzia, l'onere grava per l'intero credito (1). Ma se la cosa fosse assicurata, e ne fosse avvenuta la perdita in quei termini per cui si rende esigibile l'obbligazione dell'assicuratore, all'oggetto od alla parte perita vien sostituita l'indennità contenuta nel capitale assicurato e dovuto: dove par di avvertire la sostituzione di altra cosa a quella dedotta nel rapporto di pegno, mentre rimane la stessa cosa rappresentata dal *valore* che è il vero oggetto cadente nella sicurtà (2).

S'intende qui della perdita avvenuta per caso fortuito, o per il fatto di un terzo, del quale il costituente non debba rispondere; e sebbene per questo fatto rimanga estinto il pegno sulla *cosa* onerata e colpita dal caso, non perciò è estinto il diritto nascente dalla creazione del rapporto. Perchè, se il titolo creativo della sicurtà dà modo di toglierla su di altra cosa, il creditore ha diritto di pretenderne la consegna, o pur d' inscrivervi l' ipoteca; e se anche il titolo si riferisse soltanto alla cosa perita o danneggiata, quando il pegno fosse volontario il creditore, per la garanzia inerente al con-

---

(1) L. 8, pr. D., *quib. mod. p. v. hypoth. solv.* (XX, 6); applicazione alla permanenza dell'ipoteca sull'area, avvenuta la distruzione dell'edifizio, L. 29, § 2. L. 33, D. *de pignor.* (XX, 1). Cod. civ., a. 2029, 2°. Delle modificazioni derivanti alla cosa per via di specificazione s'è già ampiamente discorso.

(2) Cod. civ., a. 2029, 2°, 1951. V. WINDSCHEID, op. cit., § 248, n. 9.

Digitized by Google

cetto di alienazione, ha diritto di chiedere al costituente che surroghi altra cosa; senza di che avverrebbe la scadenza del debito, cessando il benefizio del termine.

La perdita totale o parziale della cosa pignorata può derivare da colpa del debitore costituente o del terzo costituente, o del terzo possessore, o pur dello stesso creditore. Nel primo caso, secondo i principî altra volta esposti, il creditore ha diritto di valersi della scadenza immediata, se non preferisce (o se il contratto non gliene faccia obbligo) di accettare la sostituzione di altra cosa, su cui la garanzia è nuovamente costituita; nel secondo, il debitore è tenuto come per la conseguenza del caso, se non vi è patto contrario, ed il terzo risponde verso il creditore della diminuzione colposa della garanzia; nel terzo il debitore è tenuto secondo si è detto ora, ed il terzo possessore è soltanto obbligato per i danni recati con colpa grave; nell'ultimo la colpa del creditore, così nel pegno proprio come nell'ipoteca, dà nascita all'obbligazione di risarcire il costituente. Se la perdita ha colpito la cosa pignorata, l'azione del costituente nasce quando soddisfatto il debito garantito è domandata la restituzione del pegno; se ha colpito la cosa ipotecata, l'azione di risarcimento può essere istituita subito, e determinata la indennità, e se il costituente è lo stesso debitore può aver luogo la compensazione; se fosse un terzo, il creditore deve rendere al danneggiato quella parte d'indennità validamente sostituita alla cosa perita o danneggiata, che ne eccede il *valore*. In tutti questi casi, se la cosa fosse stata assicurata, il capitale dovuto dall'assicuratore è surrogato ad essa nel rapporto di pegno, ed il costituente danneggiato avrebbe soltanto l'azione per il risarcimento dei danni, determinati secondo la natura della responsabilità (1).

---

(1) I principî non variano, se oggetto del pegno fosse un diritto pignorabile. Perciò, dato il pegno di un credito, il rapporto di garanzia rimane estinto, se vien risoluto il contratto onde il credito ebbe esistenza (App. Casale, 9 luglio 1888, in *Giur. Casal.*, 1888, 313): non così se il credito pignorato venisse estinto per via di confusione, non potendosi rispetto al creditore pignoratizio esagerare gli effetti dell'*impossibilità* che ne è derivata. Egli ha costituito il pegno mediante una *cessione* diretta al fine speciale della sicurtà; e se per l'avvenuta confusione non può esigere il credito come tale, ha diritto alla cosa speciale dovuta, od al valore corrispondente alla prestazione, e che per effetto della confusione è entrato nel patrimonio del creditore o del debitore: concetto che non include la identificazione della confusione al pagamento. V. su ciò WINDSCHEID, op. cit., § 248, n. 12; DERNBURG,

Digitized by Google

323. La estinzione del pegno può anche derivare dalla prescrizione svolgentesi rispetto al solo rapporto di sicurtà reale, senza indurre veruna modificazione al rapporto di credito. A determinar bene gli effetti di questa causa di estinzione, è necessario distinguerne la prescrizione compiuta rispetto al *pegno* non ancora costituito, ossia rispetto al solo *diritto di ottenere la costituzione della sicurtà;* il decorso del tempo seguìto in modo valido estingue il diritto, nè il creditore ha possibilità giuridica di costituire la sicurtà, se non ottiene altro titolo.

Altra dalla prescrizione avverso il *titolo* determinante la *creazione* del pegno, è la prescrizione del rapporto di pegno validamente costituito: perchè, sebbene in conseguenza di essa sia estinto l'onere gravante la cosa speciale che vi era dedotta, l'efficacia del titolo creativo può dar ancora diritto al creditore (se questo potere non è pur estinto) di costituir nuovamente l'onere su di altre cose determinate nell'atto di creazione volontaria, od esistenti nel patrimonio del debitore, ed ipotecabili. La *costituzione* si separa qui nettamente dalla *creazione del pegno;* la prescrizione avvenuta rispetto alla prima non tocca in modo assoluto la virtù del titolo creativo.

La prescrizione del titolo creativo può essere opposta da chi era obbligato a lasciar costituire il pegno o da altri che abbia interesse legittimo di farlo. Effettuata la costituzione del pegno, se questo fosse pegno propriamente detto mal si può dire di prescrizione; il creditore ha il possesso della cosa pignorata, ed in questa *ritenzione* è l'esercizio del suo diritto di sicurtà, cosicchè fino a quando dura il credito dura il pegno; che se la cosa conceduta da lui a titolo precario venisse in mano di un terzo possessore di buona fede, questi

---

op. cit., § 170, n. 2; EXNER, op. cit., XIV, p. 144. La questione verrà approfondita nel trattato speciale del pegno; come pure in quello dell'ipoteca lo sarà la questione del pegno di un diritto reale (ipoteca di usufrutto), dove si va incontro a difficoltà non lievi. (V. BREMER, op. cit., 1, B, 7 e seg.; EXNER, op. cit., VIII, p. 69 e segg. Il pegno costituito sull'usufrutto vi ha impresso una condizione giuridica modificante la determinazione originaria? La pignorabilità del diritto, non ha, dal momento che è consentita dalla legge, efficacia modificatrice di quelle regole generali sull'estinzione di esso, contraddicenti al suo fine? O la pignorabilità non deve invece lasciare immutate le norme sull'entità ed esistenza del diritto pignorato? Anche qui, come si è ora avvertito rispetto al pegno del credito, bisogna por mente all'entità del pegno: se il rapporto pignorato non può come tale venire nella sicurtà, vi entra il valore corrispondente, che n'era oggetto fin da principio.

Digitized by Google

nel suo possesso avrebbe titolo di proprietà. Vero è che, secondo qualche dottrina (1), non sarebbe poi scorretto l'accennar qui alla prescrizione, ad una prescrizione istantanea; ma altra è la ragion della legge, che dà al possesso dei mobili corporali e dei titoli al portatore efficacia giuridica di titolo.

Nella costituzione dell'ipoteca, dove per la natura giuridica dell'istituto l'iscrizione è termine essenziale, ed il creditore non possiede la cosa onerata, il decorso del tempo estingue rispetto a chiunque, foss'anche lo stesso debitore costituente, la *costituzione dell'onere*. E argomentando dai concetti esposti sull'estinzione del titolo creativo per determinare esattamente gli effetti di questa prescrizione, è d'uopo distinguere secondo sian prodotti rispetto al costituente (o gli eredi od aventi causa), o rispetto al terzo possessore: nel primo caso nulla vieta al creditore di iscrivere nuovamente l'ipoteca se il titolo creativo non ha perduto valore; è stata estinta la sola costituzione dell'ipoteca, e la nuova iscrizione non conserverà il *grado* dell'ipoteca estinta, ma lo trarrà dall'iscrizione nuovamente effettuata. La qual virtù del titolo creativo può esistere rispetto alla stessa cosa dedotta nella garanzia reale, quando essa si trovi sempre in potere del debitore; se nel momento in cui è prescritta la *costituzione* dell'ipoteca, la cosa ne fosse uscita e si trovasse presso di un terzo possessore che avesse trascritto il suo titolo, la nuova iscrizione non sarebbe possibile, perchè la cosa appartiene ad altri, il quale profitta della liberazione avvenuta e impedisce che senza il suo consenso si costituisca sulla cosa onere alcuno.

Perciò, l'istituto della rinnovazione dell'iscrizione ipotecaria (2) non è fondato soltanto sulla necessità di rendere più agevole la ricerca nei registri ipotecarî; è pur giustificato delle considerazioni generali che al decorso del tempo attribuiscono virtù estintiva dei diritti, e val quasi atto interruttivo della prescrizione.

324. La prescrizione ora descritta è estintiva, ed il principio e decorso ne sono regolati secondo le norme della prescrizione estin-

---

(1) V. le teorie in CHIRONI, monogr. sulla *Valid. dei doni manuali*, cit.

(2) Istituto che sarà largamente studiato in seguito nel trattato speciale dell'ipoteca. Cod. civ., a. 2001-2006.

Digitized by Google

tiva in genere (1). Argomentare dal concetto di prescrizione acquisitiva non si può: nè il valore è dedotto nel rapporto di garanzia così da poterlo considerare dal momento ch'essa è costituita qual cosa separata, materialmente distinta: e neppure può essere qui richiamata la figura dell'*usucapio libertatis* (2). Quindi, così nel caso che il terzo acquisti con la prescrizione acquisitiva la proprietà del fondo ipotecato, e in pari tempo decorra la prescrizione estintiva del rapporto di sicurtà reale, quantunque possa avvenire, secondo si dirà a suo luogo, che le due prescrizioni, per la diversa natura che le distingue, siano compiute in tempi diversi (3); come nel caso del costituente o del terzo a favor dei quali corra la prescrizione del solo rapporto di sicurtà reale, rispetto al titolo creativo od alla costituzione, la prescrizione è sempre *estintiva*. Il non esercizio del diritto continuato per il tempo necessario a prescrivere, genera l'estinzione del diritto stesso oppure l'estinzione dell'onere ch'è stato costituito sulla cosa: si ha dunque il non esercizio del diritto di costituire il pegno, ed il non esercizio del pegno inducenti entrambi la prescrizione estintiva, più o meno estesa a seconda del rapporto cui il suo esercizio si riferisce; ma secondo l'entità che ha la prescrizione nel diritto odierno, nè rimane estinta la sola azione, nè l'estinzione dà soltanto vita ad una eccezione (4).

§ 3.

La sicurtà reale costituita per garantire una sicurtà personale.

SOMMARIO. — **325**. Perchè trattando dell'estinzione del pegno si dica separatamente di questo rapporto. Effetto della confusione seguìta tra la persona del debitore principale e quella del fideiussore.

325. La sicurtà reale può essere costituita volontariamente a fin di assicurare non l'obbligazione principale, sibbene quella acces-

(1) Questi argomenti, e specialmente la questione (a torto sollevata, per la diversa entità ed il diverso fine delle due prescrizioni) se a favore del terzo acquirente si estingua l'ipoteca per il decorso della prescrizione decennale, saranno ricercati nella materia speciale dell'ipoteca.

(2) Su questo punto in diritto romano, v. DERNBURG, op. cit., § 175.

(3) La prescrizione acquisitiva decennale si può accompagnare all'estintiva ordinaria: l'acquisto della proprietà per sè, non genera la estinzione del pegno, ch'è rapporto reale indipendente.

(4) Su questi punti assai controversi tra gli interpreti del diritto romano, non può cadere nel diritto italiano seria ragione di dubitare. Cons. WINDSCHEID, op. cit., § 248, n. 15 e segg. DERNBURG, op. cit., § 375.

Digitized by Google

soria della fideiussione; nè ciò avvenendo perde della natura che ha nel caso fosse costituita per garanzia di un credito, perchè si avrebbe ancor qui il concetto prevalente della garanzia. Soltanto è da avvertire che l'esistenza di essa è legata all'obbligazione del fideiussore, e quindi il creditore avrà diritto di esercitarla quando, tolta ogni eccezione (1), questa obbligazione sia diventata esigibile, ed il fideiussore non l'abbia eseguita.

Dai quali concetti si dovrebbe inferire che se rispetto al pegno costituito per il fine descritto, l'obbligazione del fideiussore è termine principale, tra i due rapporti deve esistere la relazione che è tra il pegno e la obbligazione principale garantita; e quindi si han cause per cui dall'estinzione della fideiussione rimane estinta la sicurtà reale, oppure è estinta quest'ultima, rimanendo integra la fideiussione.

Tra le prime delle cause ora descritte ha importanza speciale la confusione: parrebbe che avvenuta essa tra le persone del debitore principale e del fideiussore, debba estinguersi la sicurtà reale consentita da un terzo per garanzia di quest'ultimo. La dottrina romana aveva già negato la virtù estintiva della confusione nel caso di sicurtà reale: l'aveva affermata quando a garanzia del fideiussore si fosse costituita altra sicurtà personale (2), e parve che la ragione della diversa decisione si dovesse riscontrare nel maggior favore consentito alla garanzia personale in confronto della reale. Parrebbe invece di essere più nel vero, argomentando dall'alienazione del valore contenuto nel rapporto di sicurtà reale: il creditore ha diritto, sebbene condizionato, a questo valore dal momento in cui l'alienazione è costituita: la *realità* del rapporto rende per lui indifferente la confusione avvenuta tra le persone.

Ma questo ragionamento non toglie la difficoltà che deriva dal concetto di *garanzia* rispetto all'*obbligazione del fideiussore*, avvertito nella sicurtà reale così costituita; e badando poi che nel diritto odierno è tolta nella questione esposta ogni differenza tra la garanzia personale e la reale, è d'uopo argomentare la ragion di permanenza della seconda garanzia non tanto dall'*entità* di essa,

(1) Le eccezioni spettanti al fideiussore che non vi abbia rinunziato. Cod. civ., a. 1907 e segg.

(2) L. 38, § 5, D. *de solut.* (XLVI, 3). Cons. su di ciò: SCHOTT, monogr. cit. V. la n. 1 a pag. 620.

Digitized by Google

quanto dall'effetto generale della confusione descritta. E costruendo su questo concetto si ha il risultato che la virtù della confusione non può essere estesa rispetto al creditore oltre la impossibilità che vi è contenuta: l'estinzione della fideiussione deriva dall' impossibilità di tener separate nella stessa persona le due qualità di debitore principale e di fideiussore obbligato a garantirlo; e come tale impossibilità non significa liberazione vera, sarebbe ingiusto di estenderla a danno del creditore oltre quelle persone rispetto alle quali è avvenuta. Rimangono perciò inalterati i rapporti di sicurtà personale o reale, costituiti per garantire la obbligazione del fideiussore; e quando sia connessa a questo concetto dell'impossibilità che è nella confusione, ha pur valore la considerazione dedotta dall'entità della sicurtà reale, perchè l' estensione di quell'impossibilità è impedita dalla *realità* del pegno.

FINE DELLA PARTE GENERALE E DEL VOL. I.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE ANALITICO

SEZIONE I. — Entità giuridica della garanzia reale (pegno in genere).

CAPITOLO I. — *Contenuto del pegno nel diritto odierno e nella sua storia.*

1. Della garanzia in generale, della garanzia *personale* e della *reale* in ispecie . pag. 1
2. Contenuto di questa: *a*) in relazione all'*obbligazione*; *b*) alla *esecuzione*; *c*) all'*alienazione* che vi è insita. Conseguenze rispetto alla *prelazione* che ne deriva . . . . . » 4
3. Definizione . . . . . » 5

§ 1. La garanzia reale nella sua origine come atto di alienazione della cosa.

4. Entità giuridica di questo rapporto nel diritto antico . . . . . » 6
5-7. *Res mancipi* e *nec mancipi* . . . . . » 7
8. *Mancipatio fiduciaria* e *traditio* . . . . . » 17
9. *Fiducia* e *pignus*. Organismo giuridico della *fiducia* . . . . . » 20
10. La *praediatura* . . . . . » 21
11. Diritto greco, germanico e franco . . . . . » 23

§ 2. La garanzia reale come concezione giuridica determinata.

12. Il diritto del creditore di agire sui beni del debitore . . . . . » 26
13. Concetto della garanzia reale come rapporto giuridico distinto . . . . » 28
14. Garanzia generale: interdetto fraudatorio . . . . . » 29
15. Garanzia speciale: interdetto Salviano. La *perclusio* . . . . . » 33
16. Influenza sulla *fiducia*, sul *pignus*, e sulla *cautio praedibus praediisque* . . » 34
17. La difesa interdittale . . . . . » 36
18. Svolgimento seguito nel diritto germanico e nel franco . . . . . » 37

§ 3. L'ipoteca.

19. Azione Serviana e quasi Serviana. Ipoteca. Istituzioni alimentarie imperiali . » 38
20. *Obligationes* del diritto germanico e del franco . . . . . » 40
21. Diritto statutario; diritto odierno . . . . . » 42

CAPITOLO II. — *Analisi del contenuto della garanzia reale (pegno in generale).*

22. La teoria del rapporto giuridico . . . . . » 43
23. Come si manifesta: diritto reale, e diritto di obbligazione . . . . . » 45
24. Distinzione generale, secondochè scopo del rapporto è il *godimento*, o la garanzia di un diritto . . . . . » 47

Digitized by Google

§ 1. Diritti di godimento (d. reale; d. d'obbligazione).

25. Contenuto del diritto reale . . . . . pag. 50
26. Contenuto del diritto di obbligazione: rapporto col patrimonio dell'obbligato e con la cosa specialmente dedotta nella prestazione . . . . . » 51
27. Teoria di Sohm e di Marcadé. Critica . . . . . » 54

§ 2. Il diritto reale di garanzia.

28. Contenuto della garanzia reale; perchè vien distinta dal diritto di prelazione, ed è diritto reale . . . . . » 56
29. Analisi dei rapporti che ne costituiscono la entità: *A.* con la cosa; *B.* col patrimonio del quale è parte. *A.* Rapporto con la cosa . . . . . » 58
30. *B.* Rapporto col patrimonio: α) del debitore. Carattere della garanzia . . » 60
31. Rapporto col patrimonio: β) di un terzo. Carattere della garanzia . . . » 61
32. Come eccezionalmente questo secondo carattere possa esistere, nel caso di rapporto col patrimonio del debitore . . . . . » 63

§ 3. La entità giuridica del diritto di garanzia reale (pegno).

33. Confini, e partizione dell'argomento . . . . . » 65

A. La natura dell'alienazione contenuta nella garanzia reale.

34. Che significhi «alienazione del valore» . . . . . » ivi
35. Come il potere che attribuisce sulla cosa sia distinto dalla proprietà e dal possesso . . . . . » 68
36. *Obligatio rei* . . . . . » 69
37. Non è alienazione rispetto al dominio considerato astrattamente, ma rispetto alla *cosa* sulla quale è effettivamente costituita la garanzia . . . . » 71
38. Conseguenza sulla idoneità delle cose incorporali di essere oggetto di pegno . » 73
39. Definizione del pegno . . . . . » 74

B. Il carattere del rapporto di garanzia.

40. Che segue dall'essere la garanzia *onere* sulla cosa. Se identica, o diversa sia la natura giuridica del pegno sulla cosa, e del pegno dei diritti . . . » 75
41. Teorie insegnanti la *unità* del concetto giuridico di pegno. Critica . . . » 76
42. Teorie che distinguono il pegno sulla cosa ed il pegno dei diritti. Critica . . » 79
43. Teoria proposta. Il pegno è diritto reale . . . . . » 80
44-45. Conseguenze . . . . . » ivi

C. I caratteri del diritto di pegno, posto in relazione con la obbligazione garantita.

46. Se dal concetto di garanzia deriva che il pegno è istituito accessorio della obbligazione garantita . . . . . » 83
47. Se il rapporto di pegno si svolge indipendentemente dalla obbligazione . . » 85
48-52. La relazione fra i due istituti: come nasce e si svolge . . . . . » 89
53-54. Conseguenze rispetto ai caratteri del pegno: enumerazioni di essi . . . » 101

§ 4. Conclusioni.

55. L'alienazione del valore è concetto distinto dall'alienazione della cosa. Il pegno ne è una specie, determinata per il concorso del termine della garanzia . » 104

CAPITOLO III. — *Il concetto del pegno, studiato comparativamente ad altri istituti ai quali è affine.*

56. Utilità della presente ricerca . . . . . » 106

§ 1. I concetti di pegno, e di alienazione di valore.

57. La obbligazione considerata in genere come *alienazione di valore*. Rinvio . » 108

Digitized by Google

58-65. L'alienazione di valore contenuta nel *titolo al portatore*. Natura giuridica di questo istituto: teoria di Savigny. Teorie di Brunner e di Thöl. Teoria di Goldschmidt. Teoria di Kuntze e di Siegel. Teoria proposta; Analogia, e diversità che corrono da questo istituto al pegno . . . . . *pag.* 110

§ 2. Il rapporto di garanzia reale messo in confronto con gli oneri reali di godimento.

66-67. Ragione del confronto: e del restringerlo al diritto di servitù reale. Ancora della obbligazione *ob rem*; e del carattere del diritto spettante al concedente nell'enfiteusi, ed al creditore di una rendita perpetua . . . . . » 129
68. La ipoteca e la servitù reale . . . . . » 133

§ 3. Il rapporto di garanzia reale studiato in confronto con altri rapporti di garanzia *propria*, ed *impropria*.

69. Rapporti di garanzia propria: il privilegio ed il diritto di ritenzione. Garanzia impropria: rapporto (personale) del creditore verso il patrimonio del debitore. Azione pauliana. Trascrizione del precetto immobiliare: effetti. Fallimento. Rinvio . . . . . » 135

Capitolo IV. — *Teoria del* privilegio in generale; *e dei privilegi in cui è contenuto soltanto il* privilegium exigendi.

70-71. Della natura reale o personale del diritto di privilegio, dedotta dal contenuto suo. Teorie; critica; posizione della questione e modo di studiarla . . . » 136

§ 1. Entità giuridica del privilegio.

72. Il privilegio nella legge romana . . . . . » 141
73. Nel diritto francese anteriore alla codificazione . . . . . » 145
74. Nel diritto italiano comune . . . . . » 151
75. Nel codice francese . . . . . » ivi
76. Nella legislazione civile italiana . . . . . » 153
77. Risultati delle ricerche storiche esposte, rispetto alla natura giuridica del privilegio nella legge odierna, e confronto di esso col diritto di pegno propriamente detto . . . . . » 156
78. Partizione della materia . . . . . » 158

§ 2. I privilegi generali mobiliari.

79. *A*. Privilegio per le spese giudiziali. Fondamento suo. Esposizione e critica della dottrina che lo deduce dalla gestion d'affari . . . . . » 159
80. Come, tenuta la ragione della utilità, si distinguano alcune ipotesi, nelle quali non correttamente si suole richiamare la figura del privilegio: spese fatte in rappresentanza dei creditori. Applicazione: erede beneficiario: fallimento . . » 163
81-84. Utilità *oggettiva* o *soggettiva* . . . . . » 164

§ 2. *b*) Il privilegio per le spese funerarie.

85-86. Fondamento di questo privilegio, e termini essenziali a costituirlo . . . » 172
87. A chi compete. . . . . » 176
88. Per quali spese: e come non si debbano comprendere nelle spese privilegiate, quelle sostenute per provvedere i vestimenti di lutto . . . . . » 177
89. Limiti, nei quali si deve giustamente intendere la spesa per la quale è dato il privilegio . . . . . » 181

§ 3. Spese di ultima infermità.

90. Quale sia il fondamento di questo privilegio . . . . . » 183
91-92. In quali termini è ristretto . . . . . » 186

Digitized by Google

§ 4. Somministrazione di alimenti.

93. Fondamento di questo privilegio, e suo contenuto . . . . . pag. 189
94. Delle persone cui può essere fatta la somministrazione, con ragione di privilegio verso il debitore . . . . . » 192
95. Limite e tempo che il privilegio ha; e da quando si debba computarlo . . » 195

§ 5. Salario delle persone di servizio.

96. Fondamento e termini di questo privilegio . . . . . » 196

§ 6. Privilegio per le imposte dirette non fondiarie, e le sovrimposte.

97. La ipoteca e il privilegio del fisco nel diritto antico: ragione di essere della prelazione. Diritto odierno; teoria della legge italiana . . . . . » 200
98-99. A quali imposte e sovrimposte si restringa il privilegio generale dei mobili. Quante annate d'imposta vi son comprese . . . . . » 205

CAPITOLO V. — *Privilegi speciali sui mobili, non costituiti per la ragion di pegno proprio.*

100. Entità di questi privilegi, secondo i risultati della ricerca storica. Rapporto di essi col pegno, l'ipoteca ed i privilegi generali sui mobili . . . . . » 213
101. Partizione della materia . . . . . » 217

§ 1. Privilegio dello Stato per i crediti dei tributi indiretti.

102. Ragion del privilegio. Rinvio alle leggi speciali . . . . . » ivi

§ 2. Privilegio per il credito del canone enfiteutico.

103. Ragione storica di questo privilegio . . . . . » 219
104-106. Chi possa esercitarlo, e contro chi; su quali cose; per quali crediti . . » 222

§ 3. Privilegio del locatore.

107-110. Origine storica di questo privilegio. La *perclusio*; il pegno sui frutti. Delle *invecta et illata* nei fondi rustici. Ipoteca legale conceduta al locatore: trasformazione sua nel *privilegio odierno*, che serba in qualche parte le traccie di sua origine. Fondamento unico di esso, inteso rispetto ai fondi urbani ed ai rustici . . . . . » 229
111. Partizione della materia . . . . . » 241

A.

112. Il privilegio non è costituito dalla volontà delle parti, ma dalla legge: conseguenze rispetto alla capacità del conduttore . . . . . » ivi
113. Quando nasce. Considerazioni pel caso che l'oggetto del privilegio fosse diventato per convenzione delle parti oggetto di pegno. Pegno *de inferendis*; pegno *de illatis* . . . . . » 243

B.

114-120. Entità giuridica del credito privilegiato . . . . . » 245

C. A chi e contro chi è dato il privilegio; e su quali cose.

121. È dato al locatore, al sublocatore, al cessionario del credito. È dato al locatore che abbia ceduto la proprietà della cosa, o ceduto il credito del fitto, mentre la locazione è in corso? . . . . . » 262
122. È dato soltanto al locatore di cose immobili? . . . . . » 266
123. E contro il conduttore ed il subconduttore. Ragion del rapporto che è tra questo ed il locatore originario . . . . . » 267

Digitized by Google

D. Delle cose sul valor delle quali si può esercitare il privilegio

124. Idee generali. I *frutti* . . . . . pag. 270
125. Le *cose* introdotte nella casa o nel fondo locato . . . . . » 275
126. Cose altrui . . . . . » 279
127-128. Cose del subconduttore . . . . . » 281
129. Alienabilità della cosa . . . . . » 285

E. L'esercizio del privilegio conceduto al locatore.

130. Il privilegio si può esercitare occorrendo il concorso di più creditori . . » 286
131. Come si debba computare l'annata in corso . . . . . » ivi
132-134. Misure conservative e ragion giuridica di esse. Eccezioni . . . . » 287

§ 3. Privilegio nascente dal contratto di masseria [mezzadria o colonia parziale].

135. Ragione e termini di questo privilegio . . . . . » 293

§ 4. Privilegio del credito per le sementi, e pei lavori di coltivazione e raccolta dell'annata.

136. Entità del privilegio. Su quali cose compete; a chi . . . . . » 294

§ 5. Altri privilegi sopra mobili speciali fondati sulla ragion del pegno; e specialmente del privilegio dello Stato pel tributo fondiario.

137. Rinvio . . . . . » 297

§ 6. I privilegi sopra gli immobili.

138. Carattere generale di questi privilegi, e per quali crediti sono conceduti . . » 298
139. Privilegio per il credito delle spese di giustizia . . . . . » 299
140-144. Privilegi per il credito di tributi dovuti allo Stato . . . . . » 301
145. Privilegio per il credito di altre tasse . . . . . » 313

§ 7. Dei privilegî generali sopra gli immobili.

146. Carattere eccezionale, ed entità di essi . . . . . » 316

§ 8. Di alcune cause di prelazione non collocate fra i privilegî; di alcuni privilegî che son veramente garanzie reali, e di altri casi in cui la pubblicità non toglie l'entità del privilegio.

147. Generalità. Distinzioni . . . . . » 317
148-152. Cause di prelazione non collocate tra i privilegî; separazione della dote; prelevamento nella comunione; separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; azione degli operai che avessero contrattato a prezzo fatto con l'imprenditore . . . . . » 318
153. Privilegî che sono veramente garanzie reali; credito agrario . . . . . » 329
154. Privilegî che per esistere ed essere conservati richieggono la pubblicità; credito agrario . . . . . » ivi

Capitolo VI. — *Teoria generale del privilegio.*

155. Ragione e limiti di questa esposizione. Partizione . . . . . » 330

§ 1. La nascita del privilegio

156. Origine sua. Norma d'interpretazione della legge che lo introduce. Questioni » ivi

Digitized by Google

§ 2. Esercizio del privilegio.

157. Concorso dei creditori privilegiati: da che si desume il grado del privilegio. Principio generale . . . . . pag. 334
158. Applicazioni. Concorso di creditori con privilegio generale sui mobili . . » 337
159. Concorso di creditori con privilegio generale sui mobili e di creditori con privilegio speciale . . . . . » 338
160-161. Concorso di creditori con privilegio mobiliare speciale sulle stesse cose . » 340
162. Concorso di creditori pignoratizî e di creditori che hanno un privilegio mobiliare, generale o speciale . . . . . » 343
163-164. Concorso di creditori ipotecarî e di creditori che hanno un privilegio mobiliare speciale; o un privilegio immobiliare . . . . . » 344
165. Concorso di creditori con privilegio immobiliare e di creditori con privilegio mobiliare, generale o speciale . . . . . » 345
166-167. Mutazioni avvenute nella *cosa* soggetta al privilegio: surrogazione; concetto e limiti . . . . . » 347
168. Indivisibilità del privilegio . . . . . » 351
169-173. Azione a difesa del privilegio; distinzioni. Azione per l'esercizio del privilegio contro altri creditori privilegiati . . . . . » 352

§ 3. Estinzione del privilegio.

174. Nozioni generali . . . . . » 365
175-176. Novazione; riserva . . . . . » ivi
177-178. Assunzione di debito . . . . . » 368
179-180. Estinzione per fatto del creditore . . . . . » 374
181-183. Estinzione per non fatto del creditore . . . . . » 377

Capitolo VII. — *Il diritto di garanzia reale, e gli altri istituti affini.*

184. Estensione di questa ultima parte della ricerca. Concetti fondamentali . . » 381

§ 1. Il diritto di ritenzione.

185. Entità giuridica di questo diritto dedotto dallo svolgimento storico suo, e degli istituti affini; e termini essenziali suoi . . . . . » 382
186-188. Contiene la garanzia; ma in che senso, e come si distingua perciò dalla garanzia generale impropria, e dalla garanzia reale-propria. Caratteri che esso ha . . . . . » 385
189. Onde la qualità sua di diritto reale . . . . . » 390
190. Conseguentemente, non può essere esteso oltre i casi speciali in cui è ristretto dalla legge . . . . . » 393
191. Effetti limitati, e come questa limitazione non offenda la realità . . . » 395
192-197. Esistenza della ritenzione nei privilegi dove s'avverte il concorso indiretto della figura del pegno (in genere); e conseguenze rispetto all'azione di altri creditori privilegiati, o soltanto chirografari . . . . . » 398
198. Estinzione del diritto di ritenzione . . . . . » 410

§ 2. Di alcune figure dove la garanzia reale è soltanto apparente.

199. Quali siano queste figure. Azione pauliana, trascrizione del precetto fatto dai creditori chirografarî; fallimento . . . . . » 411
200-202. Esame particolareggiato rispetto a ciascuno di questi istituti . . . » 413

Capitolo VIII. — *La nascita del diritto di pegno.*

203-204. Elementi che concorrono per dare esistenza al diritto di pegno. Il credito. La cosa gravata. Fonti da cui può derivare . . . . . » 420

Digitized by Google

§ 1. Il credito garantito.

205-218. L'esistenza del *credito*, termine *essenziale* al pegno. Applicazioni . . *pag.* 422

§ 2. La *cosa* ch'è oggetto della sicurtà reale.

219. In qual modo la cosa entri nel rapporto di sicurtà . . . . . » 448
220. Alienabilità. Cose fuori di commercio . . . . . » 450
221. Se il diritto di alienare induca per sè quello di dare a pegno . . . . » 454
222-224. Cose singole; universalità di cose . . . . . » 456
225-226. Cose presenti; cose future . . . . . » 463
227. Cose altrui . . . . . » 468
228. Cose di cui si ha la proprietà condizionata . . . . . » 470
229. *Res debita* . . . . . » 474
230. Cosa indivisa . . . . . » 477
231. Cosa incorporale . . . . . » 479
232. Diritti reali . . . . . » 482
233. Pignoralità dell'usufrutto . . . . . » 483
234-236. Del credito. Forma del pegno. Cessione . . . . . » 486
237-238. Suppegno . . . . . » 492
239. Pegno della moneta e del titolo al portatore . . . . . » 496
240-247. Modificazioni avvenute rispetto alla cosa pignorata. Effetto di esse sul rapporto di garanzia reale . . . . . » 499

§ 3. La forma.

248. Distinzione tra la creazione e la costituzione del pegno. Rinvio . . . » 518

Capitolo IX. — *La costituzione (creazione e costituzione) del rapporto di pegno.*

249. Ragion di distinguere la creazione della costituzione del pegno . . . . » 520
250-251. La *generalità* e la *specialità* nell'ipoteca . . . . . » 521

§ 1. Creazione della sicurtà reale per atto volontario.

252. Entità di tale atto . . . . . » 525
253. Atto unilaterale di volontà . . . . . » 527
254. Liberalità dell'atto . . . . . » 529
255-256. Condizione; termine . . . . . » 530
257-258. Patti aggiunti; patto commissorio . . . . . » 533
259. Capacità del pignorante . . . . . » 537
260-261. Rappresentanza . . . . . » 539
262-263. Risoluzione del diritto del pignorante . . . . . » 542
264-265. Chi può consentire il pegno. A favore di chi . . . . . » 545
266-268. Della *volontà* diretta a tal fine . . . . . » 551

§ 2. La creazione del pegno per via di legge: *a*) pegno legale; *b*) pegno giudiziale.

269-276. Distinzione; pegno legale propriamente detto: pegno giudiziale. Generalità del pegno. Ricerche e risultati . . . . . » 554

§ 3. Effetti giuridici della creazione del pegno.

277. Ragion della trattazione . . . . . » 562
278. Quali siano questi effetti in generale; garanzia reale data dal debitore . . » 564
279-280. Ricerche speciale su di essi. E in ispecial modo della garanzia . . » 565
281. Modificazioni che a questo effetto può recare la volontà . . . . . » 569
282. Effetti nel caso di garanzia data da un terzo . . . . . » ivi
283. E rispetto al terzo possessore . . . . . » 571

Digitized by Google

CAPITOLO X. — *La costituzione della sicurtà reale.*

284-285. Natura giuridica di quest'atto . . . . . pag. 572
286. La *trascrizione* e l'*iscrizione* . . . . . » 574

CAPITOLO XI. — *Effetti del pegno costituito. — Generalità.*

287. Gli effetti del pegno in generale. Distinzioni . . . . . » 577

§ 1. Effetti sulla cosa onerata; e sul credito garantito.

288-289. Del diritto reale; e particolarmente dell'indivisibilità . . . . . » ivi
290. Continuazione. Modificazione della sicurtà; e nuova ragion di differenza della sicurtà reale volontaria dalla legale . . . . . » 581

§ 2. Effetti del pegno costituito, per rispetto al creditore.

291. Diritto del creditore sul valore della cosa onerata. Contiene la sicurtà, non il godimento. Patto contrario e figura dell'anticresi. Rinvio . . . . . » 582
292. A qual titolo possiede la cosa, quando la consegna di essa è termine necessario della sicurtà. Conseguenze . . . . . » 584
293-294. Può cedere ad altri il suo diritto di garanzia reale, ed altri può esservi surrogato. Cessione e surrogazione . . . . . » 586
295-299. Diritto di vendere la cosa. A qual titolo vi procede: effetti rispetto a lui, al debitore ed all'acquirente . . . . . » 591
300. Liquidità del credito garantito; costituzione in mora . . . . . » 599

§ 3. Gli effetti del pegno costituito rispetto al costituente.

301. Quali diritti rimangano al costituente sulla cosa onerata. Modificazioni dipendenti dalla costituzione della sicurtà: differenza su tal punto tra il costituente ed il terzo possessore . . . . . » 602
302. Può costituire servitù? può diminuire il valor della cosa? può costituire altra sicurtà? può alienar la cosa? Se il creditore abbia diritto di valersi della pauliana. Effetto del patto di non alienare . . . . . » 604
303. Se, nel caso la proprietà sua dipenda da condizione risolutiva potestativa lecita, possa determinare l'avvenimento dopo costituito il pegno . . . . . » 606
304. Se il terzo costituente abbia le eccezioni del fideiussore . . . . . » 607

§ 4. Effetti del pegno costituito, rispetto agli altri creditori ed ai terzi possessori.

305. Concetti generali; rinvio . . . . . » 608
306. Nullità della costituzione del pegno; se possono opporla i creditori semplicemente chirografari . . . . . » 610
307. Dell'azione pauliana. Se i creditori chirografari possono sperimentarla avverso la costituzione del pegno . . . . . » 611

CAPITOLO XII. — *L'estinzione del diritto di pegno.*

308. Concetti generali. Partizione dello studio . . . . . » 612

§ 1. Estinzione del pegno: *A)* per la estinzione del credito garantito.

309. Pagamento. Dazione in pagamento, e dell'entità di essa . . . . . » 613
310. Compensazione . . . . . » 616
311. Novazione . . . . . » 618
312. Confusione . . . . . » 619
313. Perdita della cosa dovuta . . . . . » 620
314-316. Prescrizione . . . . . » 620 e segg.

Digitized by Google

§ 2. Estinzione del pegno:
B) indipendentemente dalla estinzione del credito.

317-318. Confusione . . . . . *pag.* 621
319. Remissione . . . . . » 625
320. Perdita della cosa . . . . . » 628
321-324. Prescrizione . . . . . » ivi

§ 3. La sicurtà reale costituita per garantire una sicurtà personale.

325. Perchè trattando dell'estinzione del pegno si dica separatamente di questo rapporto. Effetto dalla confusione seguita tra la persona del debitore principale e quella del fideiussore . . . . . » 633

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE ALFABETICO

A

Pagg.

Abbandono nell'obblig. *ob rem* 123
Ablatio. Estingue il privilegio del locatore? 287
Accessioni alla cosa pignorata. Conseguenze; anche pei rapporti tra il creditore pignoratizio, e chi procurò l'accessione 507-515
Accessorietà del rapporto di garanzia: significato di questo termine . . . 1; 83 e segg.
Actio Serviana, q. *Serviana* 31, 32, 38, 39
— — *Pauliana* 83
Alienabili (Cose) non pignorabili. V. *Cosa alienabile*.
Alienazione in genere: e rispetto al pegno. Nella *fiducia* 18, 19
— — *di valore*, come elemento fondamentale nel rapporto di pegno . . . 65 e segg.; 104, 106, 108 e segg. 450 e segg.
— — della cosa, quando induca estinzione del privilegio . . . . . 375 e segg.
Amministrazione (Spese di). Il rimborso ha privilegio? . . . . . 172 e segg.
Annata in corso. Significato di questo termine (V. *Privilegio dello Stato per il credito d'imposta*; *del direttario*; *del locatore*).
Anticipazioni fatte al conduttore. Ne è privilegiato il rimborso? . . . . 248 e segg.
Anticresi 584
Apparenza di garanzia reale in alcuni istituti . . . . . 411 e segg.
Arricchimento senza causa nella *v. in rem* . . . . . 541 (n. 5).
Artefici. V. *Locazione di opera*.
Artisti drammatici. Il credito delle loro mercedi è privilegiato? . . . . 199 (n. 2).
Assicuratore. Indennità cadente nel privilegio in sostituzione della cosa . . 351-352
Assunzione di debito. Causa di estinzione del privilegio 368-374
Assiro (Diritto). Concetto della garanzia reale 23
Atti emulativi (Divieto di). Concetto che ricorre nelle servitù legali vere . 124 (n. 2).
— — Fondamento della surrogazione ipotecaria del creditore perdente . . 590
Atto unilaterale nella creazione del pegno 527-529
— — nella rinunzia (V. *Rinunzia*).
Azione conservativa del privilegio del locatore. Termini per esercitarla; e se concerne anche i frutti naturali 289-292
Azioni a difesa del privilegio 355-365

B

Benefic. excussionis, nella garanzia reale costituita da un terzo . . . 63 (V. *Fidejussione*).

C

Canone enfiteutico. Privilegio. A chi compete; su quali cose; e contro di chi . . . . . 219 e segg.

Digitized by Google

Pagg.

Capacità a creare il rapporto di pegno 537-539; 542-543; 546-548
Caratteri del pegno 101
Causa. Nozione sua nel negozio giuridico . . . . . 518 (n. 2).
— — e *motivo* nel rapporto di garanzia reale 2
— — rispetto all'estimazione del privilegio . . . . . 141 e segg., 158
Cause di prelazione non contenenti privilegio vero 317-328
Cautio praedibus praediisque 21
Censo; presenza sua nello svolgimento del concetto odierno di enfiteusi . . 132, 133
Cessionario del credito dipendente da locazione. Può esercitare il privilegio del locatore . . . . . 262 e segg.
Cessione a fin di pegno . . . . . 89 e segg.; 489 e segg.
— — nel pegno di crediti (V. *Cosa incorporale*, e *Suppegno*).
Colonia (Contratto di). Privilegio 293
Colpa (V. *Estensione del credito garantito*).
Commessi di negozio. Hanno credito privilegiato per i salarii . . . . 199 (n. 1).
Compensazione (V. *Estinzione* del rapporto di pegno)
Comunione di utili. V. *Prelevamento*.
Concime. Il credito nascente da questa spesa è privilegiato? 295
Concorso di creditori privilegiati con
a) creditori privilegiati;
b) » con diritto di pegno;
c) » chirografari 334-353
Condictio indebiti. Vale a ricuperare la cosa sottoposta a ritenzione? . . 408-409
— — In conseguenza di evizione della cosa pignorata venduta . . . . 594 e segg.
Condizione nella creazione del pegno 530-533
Confusione (V. *Estinzione del rapporto di pegno*).
— — nella ipotesi di garanzia reale costituita in sicurtà di garanzia personale 633
Consegna della cosa: termini per la costituzione del pegno (proprio) . . 578 (t. e n.).
— — » » » » di crediti . . 489 (t. e n. 4).
Consenso di creditore con diritto di ritenzione, e
a) creditori privilegiati;
b) con pegno;
c) chirografari . . . . . 398 e segg.
Consensualità. Entità del negozio consensuale rispetto alla trasmissione della proprietà . . . . . 518 (n. 2).
Cosa, termine essenziale al rapporto di pegno . . . . . 448 e segg.
— — *alienabilità*; e capacità di alienare 452-456
— — *futura*. Pignorabilità 462-468
— — *altrui*. Pignorabilità 468-479
— — *divisa* e *indivisa*. Pignorabilità 479-482
— — *incorporale*. Pegno di diritti 482-483
— — » » di servitù reali 484-486
— — » » di usufrutto 486-487
— — » » di crediti 487-493
— — *propria* (pegno di cosa) 546-548
Cose che possono essere oggetto di pegno (V. *Cosa*).
— — incorporali. Funzione del concetto di *cessione* 73, 74
— — introdotte nel fondo locato: carattere di esse 285
— — *altrui*: son soggette al privilegio del locatore? 279-280
— — Sono pignorabili? (V. *Cosa altrui*) . . . . . .
Costituzione del rapporto di pegno, in senso generale: *Creazione* e *costituzione* 520 e segg.
— — *della sicurtà*. Significato. *Iscrizione* e *trascrizione* 572-574
— — Effetti sulla cosa onerata. Indivisibilità 577-581
— — » rispetto al creditore. Non vi ha godimento della cosa . . . 582-584
Possibilità di cedere il pegno senza il credito 586-590
Diritto di vendere la cosa 590
— — » rispetto al debitore. Può costituire altre ipoteche? . 597 e segg.; 602 e segg.

Digitized by Google

Pagg.

Costituzione. Effetti rispetto al terzo possessore 608
— — » rispetto al terzo pignorante. Ha la eccezione del fideiussore? . 607
— — » rispetto agli altri creditori 608
— — » rispetto al terzo acquirente: che non è obbligato personalmente . 608 (t. e n. 1).
Creazione della sicurtà:
A) Per atto volontario. Chi possa costituirla, direttamente o per via di rappresentanza; capacità a tal fine; unilateralità dell'atto; carattere che questo ha; e delle modalità volute dalle parti . . . 525-554
B) Per via di legge 555
— — Effetti:
1) nel caso di pegno dato dal debitore. Obbligazione di lasciar *costituire* il pegno: Indivisibilità sua 561-566
Obbligazione di garantire 566-569
2) nel caso di pegno dato da terza persona 569-571
3) rispetto al terzo possessore 571
Credito. Termine essenziale per la nascita del pegno 422; 446-447
— — *futuro?* 422-425
— — *condizionale; a termine* 429-435
— — *Obbligazione naturale* 435-439
— — Obbligazione inesistente 439-440
— — Obbligazione annullabile 440-443
— — *agrario.* Privilegio 330

D

Dazione in pagamento. Concetto (V. *Estinzione del rapporto di pegno*).
Debiti ereditari (V. *Pagamento*).
Debito: dev'essere scaduto per procedere alla vendita del pegno . . . 600
— — Dev'essere *liquido?* 599-600
Decima: è *obl. ad rem?* 126
De migrando (int.) 33
Denuncia nella cessione. Significato 492
Derrate su cui s'esercita il privilegio del direttario per il canone enfiteutico . 221-222
Dipendenza del fondo locato. *Illatio* di cose soggette al privilegio del locatore 275 (n. 1).
Diritto di alienare, induce quello di dare a pegno? . . . . . 454 e segg.
— — *reale:* contenuto suo, rispetto al godimento per il quale è costituito . 50-51
— — di obbligazione. Contenuto. Esposizione delle dottrine. Critica. Teoria . 51 e segg.
— — di garanzia. Contenuto di esso, rispetto 56-58
1) alla cosa 59-60
2) al patrimonio di cui questa è parte, secondo che spetta al debitore . 60-61
oppure ad un terzo 61-63
— — Entità giuridica di esso . . . . . 65 e segg.
— — Ha questo carattere il privilegio? . . . . . 156 e segg.
Dote (V. *Separazione della dote*).

E

Enfiteusi. Obbligazione di pagare il canone; è *obl. ob rem?* 125, 223
— — in relazione al concetto di pegno 132, 133
— — Canone dovuto dall'enfiteuta. Ragione sua nel diritto odierno . . . 221 (n. 3).
— — Indivisibilità del canone . . . . . 224 (n. 1).
— — Privilegio; a chi compete, contro chi, e su quali cose. Limiti di esso . 219 e segg.
Esecuzione sui mobili e gli immobili nel diritto antico (romano, germanico, franco) 17

Digitized by Google

Pagg.

Esecuzione contenuta nella garanzia reale: potere della volontà dei costituenti nel darle regola 63-64
Espropriazione forzata. Indennità cadente nel privilegio e nel pegno in sostituzione della cosa 352-353
Estensione del credito garantito dal pegno. Interessi. Inadempimento colposo. 443-445
— — Volontà delle parti diretta a regolarla 445-446
Estinzione del rapporto di pegno:
A) per estinzione del credito:
a) pagamento e dazione in pagamento 613
b) compensazione 616
c) novazione 618
d) confusione 619
perdita della cosa dovuta 620
prescrizione . . . . . 620 e segg.
B) per sè, indipendentemente dall'esistenza del credito:
a) perdita della cosa 628
b) confusione 621
c) remissione 625
d) prescrizione . . . . . 628 e segg.
Evizione (V. *Vendita della cosa pignorata*).

F

Fallimento (Dichiarazione di). Induce garanzia reale? 412
Famiglia (Somministrazione di alimenti alla). Rimborso con privilegio sul patrimonio mobiliare del debitore 192
Fatto (e non fatto) del creditore: cause di estinzione del privilegio . . 374, 375; 379, 380
Fidejussione. Figura di essa nella costituzione del pegno fatta da un terzo . 544, 545
Fiducia nella costituzione primitiva del pegno 11, 20
Fisco (Privilegio ed ipoteca del) . . . . . 200 e segg.
Forma primitiva della costituzione di garanzia reale 6, 7
— — nella nascita del pegno. Distinzione tra *creazione* e *costituzione* . . 250 e segg.
Formule di costituzione del pegno . . . . . 25 (n. 4).
Fraudatorium (interdict.) 30, 33
Frutti su cui s'esercita il privilegio per il canone enfiteutico 221, 222
— — su cui si esercita il privilegio del locatore 270-275
— — della cosa pignorata 516, 517
— — oggetto di pegno per sè . . . . . 465 (n. 3).

G

Gagiare. Significato di questo termine: concetto della *pignoratio* . . . 231 e segg.
Garanzia e *godimento*, come fine mediato di rapporti giuridici sulla cosa . 47 e segg.
— — *personale* e *reale* 3
— — *reale.* Elementi onde risulta la sua entità giuridica. Distinzione secondo la persona da cui è costituita 4, 5, 6
— — Trasformazione del concetto di essa, che da alienazione della cosa diventa alienazione di valore . . . . . 26 e segg.
— — (diritto reale di) . . . . . 55 e segg.
— — reale impropria 135, 139
— — (Obbligazione di) a carico del costituente il pegno 566-569
Generalità nei privilegi immobiliari. Quando si abbia 298, 299, 316, 317
— — e *specialità* nel pegno 521-524; 554-562
Gestione di affari nella entità del privilegio per spese giudiziali (V. *Rappresentanza*) . . . . . 168 e segg.
Godimento (diritto di) . . . . . 50 e segg.
Greco (diritto). Concetto della garanzia reale 23

Digitized by Google

I

Pagg.

Imposta fondiaria. È *obligatio ob rem?* 126, 127
— — Concetto suo . . . . . 302, 303 (n. 2), 304
— — diretta non fondiaria. Privilegio; svolgimento storico di esso . . . 200-207
— — diretta. Significato . . . . . 207 (t. e n. 1).
— — Annate di credito cui s'estende il privilegio: e specialmente dell'*annata in corso* 208-213
Indipendenza del rapporto di pegno dall'obbligazione garantita . . . 86-101; 426, 427
Indivisibilità del pegno 102, 103, 447, 580, 581
— — del privilegio 353-355
— — del canone enfiteutico 224
Infermità (Spese d'ultima). Privilegio. Termini nei quali è ristretto: che significhi *ultima infermità*; e della *cronicità* di questa 183-186
— — di persona di famiglia del debitore 187
— — Caratteri della spesa 187, 188
Interdict. fraudatorium 29, 30, 33
— — *Salvianum* 31
— — *de migrando* 33, 232, 233
Interesse, fine mediato nel rapporto giuridico. Distinzione secondo che tocca il *godimento* o la *garanzia* . . . . . 47 e segg.
— — nell'obbligazione: natura di questo elemento . . . . . 67 (n. 1)
Ius offerendi . . . . . 69 (n. 1)
Interessi (V. *Estensione del credito garantito*).
Interpretazione della legge in materia di privilegio 330-333
Invecta et illata, nel privilegio del locatore 275
Ipoteca tacita sulle *invecta et illata*; fonte del privilegio odierno accordato al credito del locatore . . . . . 234 e segg.
— — Privilegio immobiliare. Ragione sua . . . . . 302 e segg.
— — Termini in cui è contenuto il privilegio 305-313

L

Lex Poetelia 27
— — *Rutilia* . . . . . »
— — *praediatoria* 30, 35
Libro fondiario. Rispetto all'*accessorietà* del pegno . . . . . 422 (n. 1). 518 (n. 2)
Locatore (Privilegio del) . . . . . 229 e segg.
— — Natura del diritto ch'egli ha rispetto alle cose . . . . . 239 (t. e n. 1).
— — Quando nasce il privilegio. *Quid* della capacità del conduttore? *Quid* se la cosa fosse diventata, per convenzione delle parti, oggetto di pegno? Pegno *de inferendis*, pegno *de illatis* . . . . . 241 e segg.
— — Credito privilegiato. Contiene tutte le obbligazioni derivanti dal contratto di locazione. *Quid* delle anticipazioni fatte al conduttore? . . . 245 e segg.
— — Termini in cui si comprende l'estensione del privilegio 252-262
— — A chi è conceduto, contro di chi, e su quali cose . . . . . 262 e segg.
— — *Quid* se il locatore ha ceduto la proprietà della cosa? 264, 265
— — Cose su cui si esercita il privilegio. *Invecta et illata*; frutti; cose del subconduttore. Cose altrui . . . . . 270 e segg. 287 e segg.
— — Mezzi conservativi . . . . . 357 e segg.
Locazione d'opera. Azione degli artefici contro il committente debitore verso l'imprenditore. È privilegio? 325-328

Digitized by Google

M

Mancipatio fiduciaria . . . . . .
Mancipi (*res*). Studio su questa distinzione di cose nel diritto antico, in
zione colla garanzia reale . . . . . .
Mandato (V. *Rappresentanza*)
— — *qualificato* . . . . . .
Manifestazione della volontà nella creazione del pegno. Volontà di acce
espressa e tacita . . . . . .
Masseria (Contratto di). Privilegio . . . . . .
Miglioramento (V. *Ritenzione*; e *Terzo possessore*).
Miglioramenti recati alla cosa del debitore costituente, o del terzo pignor
o terzo possessore . . . . . .
Mobilia sequelam non habent . . . . . .
Mobiliare (Carattere) del rapporto di pegno . . . . . .
Moneta (Pegno di) . . . . . .
— — fiduciaria . . . . . .
Mora (Costituzione in mora). È necessaria per procedere alla vendita? .
Mortgage . . . . . .
Mutazioni nella cosa soggetta al privilegio . . . . . .
— — » » al pegno . . . . . .

N

Novazione. Causa di estinzione del privilegio; e riserva del creditore .
— — Causa di estinzione del pegno (V. *Estinzione* del rapporto di pegno
Nullità nella costituzione del pegno. Chi possa opporla . . . .

O

Obligatio generalis, specialis nel diritto germanico e franco . . .
— — *rei*. Significato 28, 36, 39,
— — *ob rem* . . . . . .
— — Studio dell'entità sua in relazione a quella del pegno . . .
Obbligazione. Svolgimento storico suo . . . . . .
— — elemento principale del pegno (V. *Credito*).
Onere reale (V. *Obl. ob rem*).
Oneri reali di godimento, in confronto al pegno . . . . . .
Opoi. Significato di essi . . . . . .

P

Pagamento (V. *Estinzione del rapporto di pegno*).
— — *dei debiti ereditarî*: mediante prelevamento. È prelazione? . .
Patto de mutuo contrahendo (V. *Credito futuro*).
— — *commissorio* nel rapporto di pegno . . . . . .
Pauliana (azione). Vi è garanzia reale? . . . . . .
— — Vi è realità? . . . . . .
Pegno: rapporto accessorio: in che senso . . . . . .
— — rapporto indipendente dall'obbligazione assicurata . . . .
— — *quid* se costituito da un terzo . . . . . .

Digitized by Google

Pagg.

Pegno sulla cosa propria 85
— — Caratteri 101
— — studiato rispetto ad altri istituti affini: e specialmente al
a) titolo al portatore . . . . . 108 e segg.
b) *obl. ob rem* . . . . . 120 e segg.
— — dà potere sulla cosa distinta dalla proprietà e dal possesso di essa . 68, 69
— — della cosa, e pegno dei diritti . . . . . 75 e segg.
— — Unità del concetto giuridico di pegno indipendentemente dalla diversa natura dell'oggetto. Critica 76, 77
— — Teoria contraria. Critica 79
— — è sempre diritto reale. Distinzione della cessione a fin di pegno . . 80, 81
— — è sempre diritto mobiliare? 81, 82
— — (Il) e gli oneri reali di godimento . . . . . 129 e segg.
— — in confronto con altri rapporti di garanzia reale propria ed impropria . 135, 136
— — e privilegio . . . . . 155 e segg.
— — *tacito* nel privilegio del locatore 267-268
— — (Diritto di) Nascita . . . . . 420 e segg.
— — è onere del diritto . . . . . 488 (n. 3); 504 (t. e n. 2, 3); 505 (t. e n. 1, 2).
— — *legale; pegno giudiziale*. Come a costituirne l'entità entri il concetto di privilegio . . . . . 554 e segg.
Perclusio . . . . . 33 (t. e n. 2).
Perdita della cosa (V. *Assicurazione*).
— — Causa di estinzione del privilegio 375
— — (V. *Estinzione del diritto di pegno*).
Perpetuatio obligationis nella colpa . . . . . 52 (n. 1).
(V. pure *Colpa*).
Persone di servizio nel credito privilegiato per il salario. Significato di questo termine . . . . . 197, 199.
Pignoratio. Concetto suo . . . . . 230-233; 384 e segg.
Pignus depositum, oppositum 34
Possesso della cosa nel pegno 585
Prelevamento di cose non cadenti nella comunione di utili. È prelazione? . 320
Prescrizione (V. *Estinzione del rapporto di pegno*).
Prevenzione, come ragione di essere sul pegno giudiziale 560, 561
Privilegi mobiliari generali, e speciali; privilegi immobiliari 153-156
— — *reali* nel diritto francese 145-150
— — *speciali* sui mobili, sono costituiti per la ragione di pegno proprio. Entità di questi privilegi, e differenze dal contenuto del pegno . . 213-217
— — *mobiliari speciali* fondati sulla ragione del pegno. Rinvio della trattazione 297
— — *immobiliari*. Quando siano generali 298
— — speciali. Spese giudiziali: ragione del privilegio 299-301
— — dello Stato per il tributo fondiario 302-313
— — contenenti diritto reale 329
— — la cui conservazione richiede la pubblicità 329, 330
Privilegio in generale. *Privil. exigendi*. È diritto reale? 138-141, 157
— — (Svolgimento storico del): nella legge romana, nella legge francese anteriore alla codificazione, nel diritto comune patrio, nel codice francese, nella legge italiana . . . . . 141 e segg.
— — mobiliare generale per il credito di spese giudiziali. A chi, e contro chi compete; rispetto a quali cose. Limiti . . . . . 151 e segg.
— — *Quid* nelle spese di amministrazione? . . . . . *
— — per le spese di ultima infermità . . . . . 183 e segg.
— — per le somministrazioni di alimenti . . . . . 189 e segg.
— — per salari delle persone di servizio . . . . . 196 e segg.
— — per le imposte dirette non fondiarie 210
— — *speciale* dello Stato per il credito di tributi indiretti 217-218

Digitized by Google

Pagg.

Privilegi del direttario per il credito del canone enfiteutico 219-229
— — del locatore. Svolgimento storico; la *perclusio;* la *pignoratio* nel diritto romano antico, nel germanico e nel franco . . . . . 229 e segg.
— — Fondi urbani e rustici, rispetto alle *invecta et illata* nell'ipoteca concedute al locatore 234
— — nascente dal contratto di masseria 293, 294
— — per il credito di sementi. Si estende anche alle spese di concimazione? 294-296
— — Nascita 330-333
— — Esercizio 334 365
— — Estinzione 365-380
Pubblicità (V. *Costituzione della sicurtà*).

R

Rapporto giuridico 25, 43
Rappresentanza nella creazione del pegno 539-542
Ratifica (V. *Cosa altrui*).
Registro (Diritto di). Privilegio immobiliare 316
Remissione (V. *Estinzione del rapporto di pegno*).
Rem obligare 3
Res mobilis, res vilis: fondamento alla distinzione delle *r. manc.* dalle *n. manc.*, e del valore del possesso delle cose mobili nel diritto odierno 13
Res sacrae; res religiosae (V. *Cosa alienabile*).
Retroattività nella condizione . . . . . 433 (n. 1).
Riduzione dell'estensione del pegno 581
Rinuncia (V. *Estinzione del rapporto di pegno*).
Risoluzione del diritto del concedente il pegno . . . . . 542 e segg.
Ritenzione. Concetto . . . . . 221 (n. 1), 222 (n. 1).
— — (Diritto di). Contenuto; in che senso vi è la garanzia reale impropria; se si possa estenderla oltre ai casi in cui è consentita dallalegge; realità sua; effetti, rispetto ad altri creditori con pegno, o chirografari 382-408
— — Produce azione? 409, 410

S

Salario dovuto alle persone di servizio: credito privilegiato . . . . . 196 e segg.
Salvianum (interdict.) 31, 32
Scienza del locatore dell'appartenenza delle cose altrui introdotte dal locatore 280 (t. e n. 3).
Sementi (Privilegio) 294-296
Separazione della dote. È prelazione? 318, 319
— — *del patrimonio ereditario* da quello proprio dell'erede. Vi è prelazione? 322-325
Sepoltura (Spese di) (V. *Spese funerarie*).
Serviana (actio) . . . . . 32, 38 e segg.
Servitù (Concetto di) in relazione al pegno . . . . . 45 (t. e n. 3); 129 e segg.
— — *reali* (Pignorabilità delle) (V. *Cosa incorporale*)
Servitus on. fer. in relazione allo sviluppo del concetto di onere reale . . 39
— — ed al concetto di *obl. ob rem* . . . . . 123, 124, 129. 133 e segg.
Società. Il socio come amministratore non può obbligare le cose cadenti nel rapporto sociale . . . . . 481 (n. 1).
Solidarietà . . . . . 49 (t. e n. 2).
Somministrazione di alimenti. Rimborso privilegiato; fondamento, contenuto ed estensione di questo privilegio . . . . . 189 e segg.

Digitized by Google

Pagg.

Sovrimposta (Privilegio per il credito di) . . . . . 200 e segg.; 307 e segg.
Specialità, specializzazione della cosa nel pegno . . . . 2 e segg.; 420-421, 521-523
Specificazione. Conseguenze rispetto al pegno 514, 515
Spese giudiziali. Privilegio . . . . . 159 e segg.
— — di amministrazione . . . . . »
— — funerarie. Privilegio. A chi compete, contro chi; in quali cose . . 172 e segg.
— — Quali spese ne godano 179-182
— — di ultima infermità. Fondamento del privilegio 183
Stato della persona 45
Subconduttore. Si può esercitare contro di esso il privilegio conceduto contro il conduttore 267-270, 281
— — Privilegio sui *frutti* prodotti dalla cosa: estensione di esso in confronto all'azione personale 283
Sublocatore. Ha diritto al privilegio conceduto al locatore . . . . . 262 e segg.
Sublocazione nell'esercizio del privilegio del locatore . . . . . 254 e segg.
Suppegno. Entità sua; e funzione del concetto di cessione, che interviene a costituirlo 493-498
Surrogazione nella cosa soggetta al privilegio . . . . . 349 e segg.
— — » » a pegno 517, 518
— — del prezzo nel privilegio del locatore ai frutti alienati. È possibile? . 292 (n. 1 in f.).
— — rispetto al pegno 586-590
Sviluppo storico del rapporto di garanzia reale . . . . . 6 e segg.

T

Taberna (V. *Universalità di cose*).
Termine limitante il privilegio annesso al credito di somministrazione di alimenti 195, 196
— — limitante il privilegio sul credito dipendente da salario 199
— — limitante il privilegio del direttario per il canone enfiteutico . . . 227-229
— — limitante il privilegio del locatore . . . . . 252 e segg., 287
Terzo possessore. Ha il diritto di ritenzione pei miglioramenti? . . . 403 e segg.
— — (V. *Miglioramenti*; e *Creazione della sicurtà: effetti*).
Terzo costituente il pegno. Carattere del rapporto, rilevante dalla fideiussione 544, 545
— — Figura della fideiussione (V. *Fideiussione*).
Testamento (Pegno creato nel) 552-554
Titolo al portatore. Studio dell'alienazione di valore com'è costituita in questo rapporto, e confronto con quella che cade nel *rapporto di pegno* . 110-120
— — Pegno del 502, 503
Traditio nella costituzione antica del pegno, e nella distinzione delle *r. manc.* dalle *n. manc.* 15
Trascrizione. Funzione sua 518, 519
— — nei rapporti con l'*iscrizione* 572-576
— — *del precetto* immobiliare. Vi è garanzia reale? 413-416
Tributi indiretti. Privilegio mobiliare 217, 218
— — » immobiliare 313-316

U

Unione di altra cosa a quella pignorata senza che s'abbia estensione del pegno 515
Unità del concetto giuridico di pegno . . . . . 76 e segg.
Universalità di cose; rispetto alla pignorabilità 456-462
Universitas facti (V. *Universalità di cose*).
Uso. Inalienabilità dell'esercizio 486

Digitized by Google

Pagg.

Usufrutto. Pignorabilità (V. *Cosa incorporale*).
— — *legale:* inalienabilità e impignorabilità . . . . . 486 (n. 4).
Usureceptio 34
Utilità (Concetto dell') nella disamina del privilegio per il credito di spese giudiziali 167-172

V

Valore: in qual modo entri nel contenuto del diritto di obbligazione . . 51 e segg.
— — come l'alienazione di esso entri a costituire il pegno . . . . 450 e segg.
— — Applicazione alla teoria sulla mutazione della cosa onerata . . . 504 e segg.
Vendita della cosa pignorata. Obbligazioni che ne derivano. È tenuto il creditore all'evizione? Lo è il debitore espropriato? . . . . . 513 e segg.
Versio in rem . . . . . 66, 67 (t. e n. 1).
— — nel privilegio generale, per le spese giudiziali . . . . . 163 e segg.
— — nella somministrazione di alimenti, che dà causa a privilegio . . . 193
— — Concetto suo . . . . . 541 (n. 5); 557
Vifgage 25
Vindicatio servitutis: vindicatio pignoris 29
Volontà delle parti: non può creare il privilegio 330-333

Digitized by Google

Digitized by Google

ISTITUTO DI MATERIE GIURIDICHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA E COMMERCIO
N. 2030
d'inventario

Digitized by Google

Digitized by Google